Ueber den Begriff

anfechtbare Rechtshandlung

und

die Anfechtung

der

Unterlassungen des Gemeinschuldners nach deutschem Konkursrechte.

Inaugural-Abhandlung

der

juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Rechtsanwalt Dr. **Harburger** I.

Berlin.
W. Moeser Hofbuchdruckerei.
1886.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät zu Erlangen.
Referent: Prof. Dr. Lothar Seuffert.

Die Grundlage des nach den Bestimmungen der K. O. von dem Konkursverwalter zu verfolgenden Anfechtungsanspruchs ist eine die Konkursmasse benachtheiligende Rechtshandlung. (§ 22 K. O.)

Unter „Rechtshandlung" verstehen die Motive zum Entwurf der K. O. bei der Begründung derjenigen Bestimmungen des Entwurfs, welche die Anfechtung der vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen betreffen (Motive S. 125) — Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und wollen damit ausdrücken, einmal, daß bei der anzufechtenden Rechtshandlung der Gemeinschuldner mitgewirkt haben müsse und sodann, daß eine Handlung d. i. ein facere vorliegen müsse.

In ersterer Beziehung sagen die Motive: „Der Konkursanspruch kann freilich auch durch die Rechtshandlung eines einzelnen Konkursgläubigers, der gegen die par conditio verstößt, verletzt werden; es muß aber doch zugleich eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegen. Man darf dies nur nicht zu eng auffassen.

Es ist nicht gerade nöthig, daß der Schuldner selbst die Handlung vornimmt. Bei einer Stellvertretung des Schuldners leuchtet das ein; indessen auch sonst wird ein aktives Handeln desselben nicht erforderlich erscheinen; auch eine passive Betheiligung des Schuldners an der Handlung genügt."

Anlangend das Wort „Handlung" so enthalten die Motive Folgendes:

„Allerdings eine Veräußerung — die Aufgabe eines Vermögensstückes, kann auch durch Unterlassung geschehen; aber ein bloßes Unterlassen entzieht sich der Anfechtung. Die Anfechtung soll das Geschehene ungeschehen machen — acsi factum non esset l. 10 § 22. D. 42. 8, sie setzt voraus, daß das Vermögensstück durch eine bestimmte Handlung und durch sie allein aufgegeben sei, daß es ohne diese Handlung dem Vermögen noch angehören würde und mit Beseitigung derselben ihm wieder zufalle.

Eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden — ein Nichtgeschehenes geschehen machen, ist mehr als Beseitigung dessen, was der Schuldner begangen hat.

Nur positives Thun ist anfechtbar, nur eine „Rechtshandlung". Eine Unterlassung bloß dann, wenn das Gesetz sie einer bestimmten positiven Handlung gleichstellt."

Im Anschluß an diese Ausführungen der Motive wird fast allgemein[1]) gelehrt, daß die Anfechtung eine Handlung des Gemeinschuldners voraussetze und neigen sich viele Rechtslehrer[2]) der Anschauung hin, daß die anzufechtende Rechtshandlung immer in einer positiven Willensthätigkeit des Schuldners bestehen müsse. Sie brauche zwar nicht immer in einem positiven Thun zu bestehen, sie könne auch in einem Geschehenlassen sich zeigen; doch solle das Wort „Rechtshandlung" nicht bloße Unterlassungen umfassen, und weiche sonach das Gesetz in diesem Punkte von dem gemeinen Rechte ab, welches unter einem gestum des Schuldners auch ein non facere quod debet facere verstanden habe (Völderndorff I S. 307). Andere (Otto S. 46, Dernburg Pr. Privatr. II S. 322, Fitting S. 138, Wilmowski S. 120, Jäckel S. 49 und Cossack S. 50)

[1]) Sarwey zu § 22 Note 1, Fitting § 15 Nr. 3 und Cossack S. 89 machen eine Ausnahme.

[2]) S. die Aufzählung bei Cossack S. 51 Note 6 und bei Wilmowski S. 120.

erklären auch die Anfechtung der dem Vermögen nachtheiligen Unterlassungen des Gemeinschuldners für zulässig, weichen aber in ihren Ansichten über den Umfang der Zulässigkeit und in der Begründung ihrer Meinungen sehr von einander ab. Nach Dernburg sollen nur dolose, nach Fitting, Wilmowski und Cossack nur bewußte, nach Otto auch fahrlässige, nach Jäckel[1]) anscheinend alle Unterlassungen des Gemeinschuldners anfechtbar sein.

Beide Lehrsätze fordern nicht nur im Hinblick auf diesen Stand der Theorie, sondern auch aus anderen Gründen zur Prüfung auf.

Der erste steht im Widerspruch mit der Anwendung, welche das Gesetz findet, indem Vollstreckungspfändungen und Arrestpfändungen, welche ohne Mitwirkung des Schuldners gegen dessen Willen zu seiner Ueberraschung erfolgen, der Anfechtung unterworfen werden, Plenarentscheidung des R. G. Band X. S. 33[2]) und wie unten dargethan werden wird, dies aus § 28 K. O. nicht erklärlich und zweifellos die Ansicht (Mot. S. 130, Otto S. 26, R. G. Bd. III. S. 397) unrichtig ist, daß die dem Schuldner im Zwangsverfahren abgenöthigte Erfüllung oder Sicherung eine von ihm ausgehende Rechtshandlung ist (Cossack S. 91). Der zweite Lehrsatz verletzt das Rechtsgefühl und steht ebenfalls im Widerspruch mit der Gesetzesanwendung. Was das Letztere betrifft, so wird die Anfechtung einer Vollstreckungs- oder Arrestpfändung zugelassen, obwohl der Schuldner dadurch, daß er bewußt die Eröffnung des Konkurses nicht beantragt, oder Widerspruch gegen den Arrest nicht eingelegt hat, eine Unterlassung begangen hat.

---

[1]) Jäckel behandelt zwar nur die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses; da er sich aber hierbei an die Motive zur K. O. anlehnt und bezw. diese bekämpft, so darf er wohl auch an dieser Stelle erwähnt werden.

[2]) Gegen R. G. Bd. III. S. 391. Das Erkenntniß Bd. IX. S. 361 läßt sich hieher nicht beziehen, da der Gerichtsvollzieher im Gegensatz zum Anwalt (Bd. VII. S. 37) nicht Vertreter des Gläubigers, sondern sofern nicht besondere Vollmacht ertheilt ist, dessen gesetzliches Organ (Bote) ist, sonach seine Kenntniß der Krisis nicht schadet.

Das Rechtsgefühl wird verletzt durch die Erwägung, daß der ausdrückliche Nachlaß einer Forderung seitens des Schuldnes zum Nachtheil der Gläubiger anfechtbar ist, während die Unterlassung eines Wechselprotestes, durch welche der Gemeinschuldner sein Regreßrecht verliert und dem Indossanten die von andern Wechselverpflichteten nicht beitreibbare Wechselsumme nachläßt, der Anfechtung entzogen sein soll.

Die Motive fühlen diese Bedenken auch und stellen den Satz auf, daß eine Unterlassung anfechtbar sein soll, wenn das Gesetz sie einer bestimmten positiven Handlung gleichstellt: als Beispiel führen sie den Nichtgebrauch von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln im Prozeß auf. Mit diesem Satze ist jedoch Nichts gedient, denn es ist z. B. nicht erfindlich, welcher positiven Handlung die Unterlassung eines Wechselprotestes gleichkommt. Die den Motiven folgenden Rechtslehrer suchen durch möglichst einengende Interpretation des Begriffs „Unterlassung" dem Rechtsgefühl zu entsprechen. In ähnlicher Weise aber, wie diejenigen Rechtslehrer, welche prinzipiell die Anfechtung der Unterlassungen des Gemeinschuldners zulassen, durch welche das Vermögen desselben beeinträchtigt wird, unter sich uneinig sind, besteht Meinungsverschiedenheit unter denjenigen, welche Unterlassungen des Gemeinschuldners theilweise als Handlungen desselben angesehen haben wollen. Während Sarwey in denjenigen Fällen, wo man sagen kann, qui tacet consentire videtur die Unterlassung als Willenserklärung, also als Handlung angesehen haben will, empfiehlt Völderndorff, sich an ein äußerliches Moment zu halten, nämlich zu unterscheiden, ob das Nichthandeln des Gemeinschuldners ein andauerndes, längere Zeit währendes ist, oder in einer einmaligen positiven Betheiligung an der Handlung des Gegners besteht. Ersteres z. B., das Verstreichenlassen der Berufungsfrist sei eine der Anfechtung entrückte Unterlassung, letzteres z. B., das Nichterscheinen im Verhandlungstermine, wodurch die Annahme des Zugeständnisses der gegnerischen Behauptung herbeigeführt wird, sei ein anfechtbares Geschehenlassen.

Zur Widerlegung derjenigen Rechtslehrer, welche die An-

fechtbarkeit der Unterlassungen prinzipiell bestreiten, scheinen mir Otto S. 42—47 und Hellmann in Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft N. F. B. V. S. 568, 569 genügende Gründe vorgebracht zu haben. Was aber diejenigen Rechtslehrer anlangt, welche die Unterlassungen für anfechtbar erklären, so ist von keinem dargethan, warum die in kritischer Zeit von einem Gläubiger bethätigte Pfändung gleichmäßig ohne Rücksicht darauf anfechtbar ist, ob die Unterlassung des Gemeinschuldners, welche diese ermöglichte, in seinem dolus oder in seinem Willen oder in seiner Nachlässigkeit ihren Grund hat und genügt ferner zur Widerlegung der Hinweis darauf, daß bei der gegen den Willen des Schuldners bethätigten Arrestpfändung von einer Bestimmung des Willens zur Unthätigkeit (Jäckel S. 49) nicht die Rede sein kann.

Es soll nun in Folgendem untersucht werden, ob nach dem Gesetze der Anfechtungsanspruch eine Handlung des Gemeinschuldners zur Voraussetzung hat und ob blos Handlungen desselben oder auch Unterlassungen, durch welche dessen Vermögen beeinträchtigt wird, der Aufechtung unterliegen. Es wird sich ergeben, daß der Nachweis der Unrichtigkeit des ersten Lehrsatzes die Lösung der zweiten Frage in sich enthält.

I.

Die Motive geben als Grund dafür, daß Unterlassungen der Anfechtung nicht unterworfen werden dürfen, den Umstand an, daß man Nichtgeschehenes nicht geschehen machen könne. Dieser Grund ist, wie Sarwey (zu § 22), Völderndorff (S. 307) und Otto (S. 43) mit Recht bemerken, ohne jegliche Beweiskraft, da umgekehrt geschehene Dinge auch nicht ungeschehen gemacht werden können, gleichwohl aber der Anfechtung unterliegen. Menschenmöglich ist nur, anstatt des Geschehenen und dessen Folgen etwas Anderes zu setzen, und wenn auch das Gesetz im § 30 als Wirkung der Anfechtung anordnet, daß, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückgegeben werden müsse, so ist doch Theorie

und Praxis darüber einig, daß, wenn die Restitution in natura nicht mehr möglich ist, in anderer Weise Ersatz geleistet werden müsse. (Otto S. 168, 169, 177; Mandry S. 386; R. G. Bd. IX S. 72, X S. 10, 11.)

Wie schon nach gemeinem Recht, so bezweckt auch die Anfechtung nach der K. O. nicht die Aufhebung der anzufechtenden Handlung in Bezug auf das Verhältniß zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner, sondern soll die Anfechtung nur die Unwirksamkeit der anzufechtenden Rechtshandlung gegenüber den Konkursgläubigern und zwar in ihrer Gesammtheit und sonst Niemanden, auch nicht gegenüber einem einzelnen Gläubiger für sich bei dem Vorhandensein einer Mehrheit von solchen herbeiführen. (§ 13 des Anfechtungsgesetzes, § 29 K. O., R. G. Bd. VII S. 35.) Es liegt sonach schon im Begriffe der Anfechtung, daß nicht schlechthin der frühere Zustand wieder hergestellt werden soll, als wenn Nichts geschehen wäre, sondern daß nur möglichst ein Ausgleich für den durch die anzufechtende Rechtshandlung der Masse zugegangenen Nachtheil herbeigeführt werden soll. (Mandry S. 385.)

Die Wirkung der Anfechtung ist nicht Rescission des Rechtsverhältnisses zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner, nicht die Entstehung eines dinglichen Anspruchs (Wilmowski S. 125 Note 4 im Widerspruch mit S. 125 Note 7, Mandry S. 374),[1]) sondern die Entstehung einer Forderung des für die Gesammtheit der Gläubiger handelnden Verwalters auf Rückgabe desjenigen, was der Anfechtungsgegner aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in angefochtener Weise erlangt

[1]) Unrichtig Otto S. 162, Völderndorff I S. 400 Note 14, Cossack S. 222, 223. Die Klage stützt sich nicht auf das Eigenthum des Schuldners, sondern darauf, daß das Eigenthum mit Unrecht vom Gegner erlangt worden ist; sie verlangt die Rückgabe des Eigenthums an den früheren Berechtigten. Das vormalige Eigenthum des Letztern ist nur mit ein Klagegrund; sie geht nicht gegen den dritten redlichen Besitzer; eine rei vindicatio, welche nur gegen einen gewissen, nicht aber jeden Besitzer einer Sache geht, verträgt sich nicht mit dem Begriff des Eigenthums.

hat Mandry S. 374, 385: sie wirkt nicht in rem, sondern in personam. Die Folgen, welche die anfechtbare Handlung bis zur Anfechtung erzeugt hatte, fallen nicht von selbst und rückwärts zusammen. Die Anfechtung beabsichtigt nicht eine in integrum restitutio, sondern hat immer nur einen revokatorischen Zweck. Rechte, welche Dritte an dem aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in anfechtbarer Weise Erworbenen erlangt haben, bleiben unberührt. R. G. Bd. XIII. S. 7.

Hat dagegen sich der anfechtbaren Pfändung ein weiterer Gläubiger in unanfechtbarer Weise angeschlossen, so wirkt die Aufhebung der angefochtenen Pfändung für den zweiten Gläubiger nicht, wie wenn die erste Pfändung nicht bestanden hätte, sondern er erhält, da ihm als Absonderungsberechtigten gegenüber die Anfechtung überhaupt nicht wirkt, nur den Ueberschuß über den Betrag, zu dessen Gunsten die anfechtbare Pfändung bethätigt worden ist. Wilmowski zu § 22 Note 3 S. 125.

Wenn der Anfechtungsgegner in anfechtbarer Weise eine Vollstreckungspfändung und Versteigerung der gepfändeten Gegenstände hat vornehmen lassen, so braucht er nur den auf seine Forderung entfallenen Strichschilling herauszugeben und nicht den vielleicht höheren Werth der aus dem Vermögen des Schuldners durch Versteigerung veräußerten Sache zu ersetzen, auch wenn er sie selbst eingesteigert hat. Nicht die Sache, welche er bei einer Jedermann zugänglichen Auktion gekauft hat, ist von ihm anfechtbar erworben worden, sondern der Strichschilling, welcher auf seine Forderung entfallen ist.

„Ein Schadensanspruch nach anderer Richtung ist nur durch den Nachweis besonderen Verschuldens, nicht in Folge der Anfechtungs-Rückgewährspflicht zu begründen." (Wilmowski zu § 30 Note 2 S. 162).

Schon diese Erwägungen — gründlicher hat Otto S. 42—45 die Motive widerlegt — lassen erkennen, daß das Prinzip der Motive unrichtig ist; ebenso wie für eine unzulässige Handlung, läßt sich auch für eine unzulässige Unterlassung Ersatz gewähren.

Wie aber die Motive bezüglich der Frage, ob Unterlassungen des Gemeinschuldners anfechtbar sind, nicht maßgebend sein kön-

nen, so wird sich auch bei Betrachtung der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des Gesetzes zeigen, daß sie auch für die Frage, ob nur Handlungen des Gemeinschuldners der Anfechtung unterliegen, nicht von Bedeutung sind.

Das Gesetz muß aus sich selbst im Zusammenhalt mit den allgemeinen Rechtsprinzipien (R. G. Bd. X S. 331) erklärt werden.

Die Motive begründen den Entwurf; das Gesetz weicht jedoch von diesem wesentlich ab. Die Abweichungen ergeben sich aus nachfolgender Gegenüberstellung des Entwurfs und des Gesetzes.

Entwurf.	Gesetz.
§ 22.	Gleichlautend.
§ 23.	§ 23.
Anfechtbar sind:	Anfechtbar sind:
1. Die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen, die Gläubiger benachtheiligenden Rechtsgeschäfte, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage von ihm an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen, wenn der andere Theil das Geschäft einging oder die Leistung in Empfang nahm, obgleich ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.	1. Die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem andern Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war; sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung

Entwurf.	Gesetz.
	erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;
2. Die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche	2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche

im Uebrigen gleichlautend.

§ 24.

Anfechtbar sind:

1. Rechtsgeschäfte, welche	1. Rechtshandlungen, welche
2. die . . . sofern der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.	2. die . . . sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.

§ 25 gleichlautend.

§ 26.

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen sind, können	Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können

§§ 27—34 gleichlautend.

Vergleicht man die vorstehenden Sätze miteinander, so ergiebt sich, daß der § 23 Ziffer 1 des Entwurfs durch das Gesetz eine bedeutende Aenderung erfahren hat, im § 23 Ziffer 2 die Worte des Entwurfs „des Gemeinschuldners" vom Gesetze gestrichen, im § 23 Ziffer 2 sowie § 26, das Wort des Entwurfs „vorgenommen" in „erfolgt" und im § 24 Ziffer 1 das Wort des Entwurfs „Rechtsgeschäfte" in „Rechtshandlungen" verändert worden ist.

Während der Entwurf im § 23 Ziffer 1 die von dem Gemeinschuldner an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen, wenn der andere Theil die Leistung in Empfang nahm, obgleich ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, für anfechtbar erklärt, ferner im § 23 Ziffer 2 Rechtshandlungen des Gemeinschuldners der Anfechtung unterwirft, läßt das Gesetz die Anfechtung von Rechtshandlungen zu, welche ohne Kenntniß des Gemeinschuldners in Bezug auf dessen Vermögen auf Betreiben eines die kritische Lage des Gemeinschuldners kennenden Gläubigers erfolgt sind.

Diese Abänderung ist das Produkt eines bei der ersten Lesung in der Commission Prot. S. 533, 534 gestellten Antrags des Abg. v. Bahl, welcher damit begründet worden ist, daß der § 28 des Entwurfs (nunmehr § 28 des Gesetzes) nicht den Fall treffe, daß der Schuldner nicht selbst die Sicherung und Befriedigung gewährt habe, sondern solche durch Vermittlung des Gerichts erlangt worden sei. Diese Ausführung ist ganz richtig. Wenn nur die Leistungen des Gemeinschuldners, selbst wenn sie durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt waren, und die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wie der Entwurf wollte, anfechtbar sein sollen, so kann dies nur auf jene Fälle bezogen werden, in welchen der Gemeinschuldner selbst den Gläubiger veranlaßt hat, mit Exekution gegen ihn vorzugehen, oder ihm behilflich gewesen ist, Arrest gegen ihn zu erwirken. Nur in solchen Fällen macht der Gemeinschuldner eine Leistung, da der Zwang nur Schein ist, nur in solchen Fällen handelt der Gemeinschuldner.

Wenn aber der Gemeinschuldner von der Zwangsvollstreckung überrascht wird, so handelt er nicht, er leistet nicht, er verhält sich nur passiv, da gegen ihn gehandelt wird. Hier ist der Zwang nicht Schein. Der andere Theil nimmt nicht in Empfang, da ihm nicht gegeben wird, sondern er nimmt an sich. Dieser Fall würde durch den Entwurf auch mit § 28 nicht getroffen worden sein. Das Gesetz geht, um auch diesen Fall zu umfassen, weiter als der Entwurf und läßt auch die Anfechtung von Handlungen eines Konkursgläubigers zu. (§ 23 Ziffer 1 b und § 23 Ziffer 2.) Es muß deshalb als irrig bezeichnet werden, wenn Völderndorff im Anschlusse an die Motive dem § 23 den Titel giebt „Anfechtbarkeit wegen Konkursmäßigkeit des Handelnden" und I. S. 315 als Voraussetzung der Anfechtung nach § 23 die Konkursmäßigkeit des Handelnden zur Zeit des Geschäfts oder der Handlung, welche angefochten werden soll, anführt. Die Voraussetzung des § 23 Ziffer 1 b und theilweise des § 23 Ziffer 2 nämlich, soweit die Anfechtung nicht auf die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners gegründet wird, ist nicht die Konkursmäßigkeit des Handelnden, sondern die Konkursmäßigkeit desjenigen, gegen welchen gehandelt worden ist.

Dieser Ausführung läßt sich entgegenhalten, daß gleichwohl §§ 28. 32 und 33 des Entwurfs unverändert in das Gesetz übergegangen sind; allein dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Bei näherer Betrachtung wird sich ergeben, daß, ein so ausgezeichnetes Gesetz auch die K. O. ist, dieselbe wie jegliches Menschenwerk nicht ganz fehlerfrei ist, daß Gedanke und Ausdruck sich nicht immer decken.

Nach § 28 soll die Anfechtung zulässig sein, auch wenn die anzufechtende Handlung durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist. Diese Vorschrift kann ihrem Wortlaut nach nur auf Handlungen des Gemeinschuldners bezogen werden. So wollte es auch der Entwurf, der überall nur Rechtshandlungen des Gemeinschuldners der Anfechtung unterwirft.

Auch diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, zu deren Vornahme derselbe im Wege der Zwangsvollstreckung scheinbar

sich hat zwingen lassen, wollte er der Anfechtung nicht entziehen, und mit dem § 28 insbesondere der zum § 104 der preuß. K. O. ausgesprochenen Ansicht des preuß. Obertribunals entgegentreten, daß Zahlungen, welche der Gemeinschuldner auf Exekution in der kritischen Zeit geleistet hat, der Anfechtung entzogen sein sollen. Nur diese Leistungen sind durch Zwangsvollstreckungen erwirkt.

Diese Bestimmung ist jedoch sprachwidrig, wenn sie bezogen werden soll auf die Vollstreckungspfändung oder arrestatorische Pfändung, welche ein Gläubiger ohne Wissen des Schuldners in anfechtbarer Weise hat bethätigen lassen; denn von diesem kann nicht gesagt werden, daß seine Handlung durch Zwangsvollstreckung oder im Wege eines Arrestes erwirkt worden ist, vielmehr besteht seine Handlung eben in dem Betriebe der Zwangsvollstreckung und in der Erwirkung und Vollziehung des Arrestes, und wird durch die gerichtliche Thätigkeit zur Erscheinung gebracht, d. h. bewirkt.

Nur die Handlung oder die Leistung eines Anderen kann durch Zwang erwirkt werden, seine eigene Handlung — die Thätigkeit des Gerichts oder Gerichtsvollziehers, gegen welche auch kein Zwang ausgeübt wird, ist nur die gesetzliche Form der Handlung — kann man unter Anwendung von Zwang nur bewirken.

Nichtsdestoweniger besteht kein Zweifel darüber, daß die Befriedigung, welche ein Gläubiger zur kritischen Zeit aus dem Vermögen des Gemeinschuldners auf sein vom Wissen des Schuldners unabhängiges Betreiben im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt, anfechtbar ist und wird § 28 des Gesetzes auch auf die nach § 23 1b, also auf die ohne und sogar gegen den Willen des Gemeinschuldners vorgenommenen Angriffe des Gläubigers auf dessen Vermögen unbedenklich angewendet. Sprachrichtiger wäre daher gewesen, wenn im § 28 nach „erwirkt" noch die Worte „oder bewirkt" Aufnahme gefunden hätten. S. auch Otto S. 88. Das Erstere würde sich auf die Handlung des Gemeinschuldners, das Bewirktwerden auf die Handlung des Konkursgläubigers beziehen.

Im § 32 wird bestimmt, daß wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, seine Forderung wieder in Kraft tritt.

Nun kann man wohl denjenigen, welcher vom Gemeinschuldner ein Geschenk erhält, als Empfänger einer unentgeltlichen Leistung bezeichnen (§ 30 Abs. 2), auch denjenigen, welcher durch Vertrag mit dem Gemeinschuldner von diesem Etwas aus seinem Vermögen empfängt, einen Empfänger nennen. Man kann aber nicht sagen, daß derjenige, welcher gegen den Willen des Gemeinschuldners durch Vollstreckung eines Urtheils, welches vollständig rechtmäßig erlangt war, sich in Kenntniß der kritischen Lage Befriedigung verschafft hat, der Empfänger einer Leistung ist; der Gemeinschuldner hat ihm nicht geleistet, sondern es ist aus dem Vermögen des Gemeinschuldners die Befriedigung vom Gläubiger genommen worden. Gleichwohl findet § 32 des Gesetzes auch auf diesen Fall Anwendung. Es sollte daher § 32, wenn dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken der richtige Ausdruck verliehen werden wollte, lauten: „Sobald das durch die anfechtbare Handlung Erlangte (§ 30) wieder zurück gewährt ist, tritt die durch die anfechtbare Handlung befriedigte Forderung wieder in Kraft."

Der § 33 Abs. 2 spricht von der Rechtsnachfolge desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen worden ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann hierunter nur der Vertragsgenosse des Gemeinschuldners, der „andere Theil", wie das Gesetz im § 23 Ziffer 1a und § 24 Ziffer 1 und 2 sich ausdrückt, oder derjenige, welchem gegenüber der Gemeinschuldner eine unentgeltliche Verfügung vorgenommen hat (§ 25), verstanden werden.

Andererseits aber ist die Ansicht derjenigen Rechtslehrer[1]) richtig, welche behaupten, daß auch gegen den Rechtsnachfolger eines Konkursgläubigers, welcher in anfechtbarer Weise Sicherung oder Befriedigung erlangt hat, z. B. also gegen denjenigen, welchem ein Gläubiger, der in anfechtbarer Weise auf

[1]) Wilmowski Note 6 zu § 33 S. 173. Mot. S. 155.

Grund unbestreitbaren Urtheils hatte pfänden lassen, seine Forderung und alle Pfandrechte abgetreten hat, die Anfechtung unter den weiteren Voraussetzungen des § 33 Ziffer 1 und 2 zulässig ist und daß sie nicht darauf beschränkt ist, daß die entziehende Rechtshandlung aus § 24 oder aus § 23 Ziffer 2 anfechtbar ist. Die Anfechtbarkeit besteht also nach der richtigen Anschauung auch gegen den bösgläubigen d. h. die fraudatorische Absicht des Gemeinschuldners kennenden oder als bösgläubig vermutheten Rechtsnachfolger desjenigen, welcher die anfechtbare Handlung selbst vorgenommen hat und nicht bloß gegen einen solchen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen worden ist. Dieser Fall wird nicht leicht vorkommen, er ist aber denkbar. Der Gemeinschuldner, welcher vor dem Konkurse steht, will, daß ein Freund von ihm eine Forderung erwerbe, dieser aber weigert sich dessen, so lange eine Pfändung nicht vorliegt. Dem Gläubiger wird auch indirekt von der Absicht des Gemeinschuldners, sich zu legen, Kenntniß gegeben und derselbe dadurch veranlaßt, im Wege der Exekution gegen den Gemeinschuldner vorzugehen. Die mit dem Vollstreckungs-Pfandrechte versehene Forderung wird Seitens des Freundes von dem Gläubiger erworben.

Dem Gesetzgeber, welcher das Wort des Entwurfs „vorgenommen" im § 23 und § 26 in „erfolgt" umgeändert hat, ist das Menschliche widerfahren, daß er im § 33 an diese Abänderung nicht mehr gedacht hat, weil er sonst statt der Worte „welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen worden ist", hätte sagen müssen „zu dessen Gunsten die anfechtbare Handlung erfolgt ist".

Diese Unterlassungssünden des Gesetzgebers[1]) stehen also, da Theorie und Praxis darüber einig sind, daß dem Ausdruck ein weiter gehender Gedanke zu Grunde liegt, der obigen Aufstellung nicht[2]) entgegen.

[1]) Auch in § 24 Ziffer 1 K. O. ist übersehen worden, für „seine Gläubiger" zu setzen „die Gläubiger"; Völderndorff I. S. 348. Ferner ist der Wortlaut im § 23 Ziffer 2 nicht ganz korrekt.

[2]) Goldschmidt, Handelsrecht Band I S. 222.

Andere Bestimmungen des Gesetzes zeigen sogar, daß dieses nicht nur die Handlungen der Konkursgläubiger, sondern auch noch anderer Personen, welche in entfernterer Beziehung zum Konkurse stehen als diese, für anfechtbar erklärt. In dieser Beziehung kommen die Bestimmungen der §§ 27 Abs. 2, 42 und 48 Ziffer 3, ferner § 37 in Betracht.

Im Interesse des Wechselverkehrs statuirt Abs. 1 des § 27 eine Ausnahme von der Bestimmung des § 23 Nr. 1.

Der Wechselinhaber, welcher die Krisis des Gemeinschuldners kennt, soll von diesem eine Wechselzahlung, ohne eine Anfechtung befürchten zu müssen, annehmen dürfen, wenn er bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Um jedoch die Konkursmasse vor Mißbrauch zu schützen, mußte die Bestimmung des § 27 Abs. 2 getroffen werden. „Gewährte das Gesetz — so sagen die Motive S. 146 — diesen Erstattungsanspruch nicht, so könnte ohne Zuthun des Gemeinschuldners jeder Gläubiger die Vorschrift des § 23 Nr. 1 leicht umgehen. Auch nach und trotz der Zahlungseinstellung brauchte nur ein Gläubiger über den Betrag seiner Forderung auf den Gemeinschuldner einen Wechsel zu ziehen und ihn zu verkaufen, oder der Aussteller und Remittent eines Acceptes des Gemeinschuldners den Wechsel weiter zu geben."

Das Gesetz bestimmt deshalb, daß von dem eigentlich Bereicherten „dem fraudulösen Gläubiger", welchen „man mit Hilfe des letzten Wechselregreßschuldners, der sich zu entlasten hat, leicht würde ermitteln können", (Mot. S. 146) die Beute wieder herausgegeben werden müsse, wenn er den Wechsel in Kenntniß der Krisis begab oder begeben ließ.

Der auf die Herausgabe der Wechselsumme gerichtete Anspruch ist, wie schon die Stellung des § 27 andeutet, nichts weiter, als die Anfechtung des von dem früheren Gläubiger des Gemeinschuldners in einer vom Gesetze mißbilligten Weise bethätigten Erwerbs.

Es ist also ein Anfechtungsanspruch gegen eine Person zugelassen, die nicht einmal mehr Gläubiger des Gemeinschuldners

ist, und wegen einer Handlung derselben, von welcher der Gemeinschuldner nichts gewußt hat.

Ebenso wird ein Ersatzanspruch statuirt im § 42 gegen einen ehemaligen Gläubiger des Gemeinschuldners, welcher die Konkursmasse dadurch schädigt, daß er in Kenntniß der Krisis dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes durch Abtretung seiner Forderung ein Absonderungsrecht verschafft.

Das Gesetz geht von der Befürchtung aus (Mot. S. 211) daß „in die Summe, die der Konkursmasse dadurch entzogen wird, daß in Folge des Erwerbs der Forderung, der Inhaber die Sache nicht abliefert, vielmehr zur Tilgung des die konkursmäßige Dividende überschreitenden Restes der Forderung verwendet, Cedent und Cessionar zum Schaden der übrigen Konkursgläubiger sich theilen. Der Cedent müsse dafür verantwortlich gemacht werden.

Er hatte nur auf tributarische Befriedigung Anspruch, und konnte für seine Konkursforderung nach § 12 des Entwurfs kein Pfand oder Zurückbehaltungsrecht an einer zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger dienenden Sache erwerben, er soll auch nicht den Erwerb durch einen Andern zu eigenem Vortheil bewirken können; er darf die par conditio wissentlich nicht verletzen."

Auch dieser Anspruch ist nichts weiter als ein Anfechtungsanspruch. An sich ist keinem Gläubiger Uebertragung seiner Forderung an wen immer verboten und ist wenigstens die in den neueren Rechten (Bayer. L. R. II. 3 Nr. 8 Ziffer 4, Dernburg Pr. Privatr. II § 83 S. 153) überhaupt nicht mehr enthaltene Bestimmung des röm. Rechts, daß die Uebertragung einer Forderung in der Absicht, den Schuldner zu drücken, nicht statthaft sei, bestritten. Windscheid Pand. II § 335[19]. Die Motive gründen auch nicht den Ersatzanspruch des § 42 auf ein solches Verbot, sondern auf die Verletzung der par conditio, welche mit der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrage eintritt.

Es soll ein einzelner Gläubiger auch nicht dadurch einen

Vortheil erlangen, daß er einem Andern ein Absonderungsrecht verschafft und sich hierfür bezahlen läßt. Dieser Erwerb unterliegt der Anfechtung, und muß der Gläubiger, da nicht untersucht werden kann, wie viel er bei der, der Konkursmasse an sich nachtheiligen Handlung gewonnen hat, dieser den ihr durch diese Handlung zugegangenen Nachtheil ersetzen.

Während das Gesetz in diesen beiden Paragraphen das Aufhören der Gläubigerschaft, weil der Gläubiger sich auf Kosten der andern Gläubiger eine Befriedigung verschaffte, welche er nicht erhalten würde, wenn er Gläubiger bliebe, wegen der Kenntniß der Konkursmäßigkeit des Gemeinschuldners für anfechtbar erklärt, indem es diese Gläubiger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, geht es im § 48 Nr. 3 noch weiter und erklärt auch das Gläubigerwerden in Kenntniß der Konkursmäßigkeit des Gemeinschuldners für anfechtbar. Der Schuldner des Gemeinschuldners, welcher in Kenntniß der Krisis eine Forderung gegen diesen erwirkt, soll nicht compensiren[1]) dürfen.

Das Gesetz ist praktisch und statuirt diese Bestimmungen, um auch dem Schuldner des Gemeinschuldners die Möglichkeit zu benehmen, sich einen Vortheil auf Kosten der Gläubiger zu verschaffen. Es ist gleichgültig, ob der Schuldner des Gemeinschuldners die Forderung um einen geringen oder um ihren Nennwerth erworben hat, die Kompensation ist ausgeschlossen.

Der Schuldner muß seine Verpflichtung zur Masse leisten und kann seine in Kenntniß der Krisis erworbene Forderung zum Konkurse anmelden. Und wenn auch die Motive (S. 225) bemerken, daß „die Bestimmungen über die Anfechtung auf diesen Fall schwerlich Anwendung finden können, denn indem der Schuldner eine bestehende Konkursforderung im Wege der

[1]) Hat derselbe die Befugniß zur Retention? s. R. G. Bd. IX S. 50. Diese Frage läßt sich, wenn die dort gegebene Auslegung des § 23 Ziffer 2, welche auch auf § 23 Ziffer 1 b Anwendung finden muß, richtig ist, aus dem Wortlaut des § 23 K. O. nicht beantworten. Nach dem Geiste desselben jedoch und § 42 K. O. „nach dem Rechte des Auslands entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes" ist die Frage zu verneinen.

Abtretung oder Befriedigung des Gläubigers erwirkt, liegt eine Handlung des Gemeinschuldners überhaupt oder dem Schuldner gegenüber kaum vor", so verkennen sie doch nicht, daß „der Fall in das Anfechtungsrecht zurückgreift."

Es soll jedoch nur die wissentliche und beabsichtigte Ausbeutung der Masse Seitens des Schuldners unzulässig sein. § 48 Nr. 3 Abs. 2.

„Nur fraudulöse Operationen unterliegen der Anfechtung, darum kann von dieser nicht ein durch Universalsuccession geschlossener Forderungserwerb getroffen werden, und eben darum auch nicht ein durch Abtretung oder Befriedigung des Gläubigers erfolgter Erwerb in dem Falle, daß der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers oder Uebernahme der Forderung sich bereits unanfechtbar verpflichtet hatte." Mot. S. 226.

Einen weitern Beleg gewährt § 37 K. O. An sich wird Jedermann durch redlichen Erwerb einer Sache deren publicianischer Eigenthümer, gleichviel aus welchen Mitteln er die Sache erworben hat. Dennoch soll die Ehefrau die während der Ehe erworbenen Gegenstände nur dann in Anspruch nehmen können, wenn sie beweist, daß sie dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat. Auch diesem Satze liegt der Gedanke zu Grunde, daß Niemand sich auf Kosten der Masse und in Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners bereichern darf. Das Gesetz geht von der Vermuthung aus, daß Alles während der Ehe Erworbene von den Mitteln des Mannes bezahlt sei, also zur Konkursmasse gehöre, und erklärt deshalb den Erwerb der Frau nicht nur für anfechtbar, sondern für bereits mit der Konkurseröffnung wirksam angefochten und gestattet der Frau nur die Widerlegung der gesetzlichen Vermuthung. Findet diese statt, so wird die Angefochtenheit außer Wirksamkeit gesetzt.

Der allgemeinen Bestimmung des § 37 gegenüber enthalten die §§ 24 Ziffer 2 und 25 Ziffer 2 eine Einschränkung bezüglich desjenigen Erwerbs der Ehefrau aus dem Vermögen des Ehemannes, welcher offen vor sich geht. Es soll unanfechtbar sein derjenige Erwerb der Ehefrau, welchen sie unentgeltlich vor

mehr als 2 Jahren oder durch entgeltlichen Vertrag vor mehr als einem Jahr vor dem Verfahren von ihrem Ehemann bezogen hat. Auf einen innerhalb des letzten Jahres geschlossenen entgeltlichen Vertrag kann sie sich nur berufen, wenn von ihr bewiesen wird, daß eine Absicht, sich einen ungerechtfertigten Vortheil zu verschaffen, nicht vorhanden war.

Im Uebrigen „ist, da meist dem Erwerbe der Ehefrau versteckte Manipulationen zu Grunde liegen, das Anfechtungsrecht eine Grundlage für die Behandlung des Vindikationsrechts." Mot. S. 178. „Auch die Vindikation eines Gegenstandes, welchen die Ehefrau mit vorgeschossenen Geldern des Mannes von Anderen an sich gebracht hat, muß ihr abgeschnitten werden. Die Frau hat kein Recht auf Vorschüsse seitens des Mannes, und dieser soll seinen Gläubigern Geldmittel nicht entziehen dürfen, um dadurch der Frau Vermögen zu verschaffen.

Die Schuld der Frau zur Erstattung der Vorschüsse bietet nicht immer ein hinreichendes Korrelat für das erworbene Eigenthum." Mot. S. 177.

„Je schwieriger das Zurückgehen in der Reihe der Erwerbsgeschäfte ist, desto klarer wird die Nothwendigkeit erhellen, der Ehefrau und nicht dem Konkursverwalter die Angabe der Rechtsgeschäfte aufzuerlegen. Dieser würde zu der Nachforschung nicht in der Lage sein; die Ehefrau ist es. Auch der Besitz der begehrten Sache darf sie von dem Nachweise ihres rechtmäßigen Erwerbs nicht entbinden. Die Vermuthung, welche sonst der Besitz für die Rechtmäßigkeit desselben begründet, kann ihr nicht zu statten kommen.

Ein dem Andern gegenüber abgeschlossenes Besitzverhältniß findet zwischen Ehegatten nicht statt. Ob dieser oder jener der Ehegatten gerade zur Zeit der Konkurseröffnung die Sache besitzt, ist ein höchst zufälliger, für das materielle Recht nicht maßgebender Umstand. Leicht könnten sonst vor Ausbruch des Konkurses die werthvollen Sachen mit und ohne Zuthun des Gemeinschuldners in den Besitz der Ehefrau gebracht werden." Mot. S. 179.

Den erörterten drei Fällen der Anfechtbarkeit liegen keine

Handlungen des Gemeinschuldners zu Grunde, so wenig wie dem Fall, daß ein Gläubiger nach der Zahlungseinstellung in Kenntniß derselben noch eine Vollstreckungshandlung vornimmt; in dem Fall der gesetzlichen Angefochtenheit des Erwerbs der Frau während der Ehe braucht kein Zuthun des Gemeinschuldners vorzuliegen.

Wenn gleichwohl das Gesetz die fraglichen Handlungen für anfechtbar, für unzulässig und diejenigen welche dem Gesetze zuwider gehandelt haben, für schadenersatzpflichtig, den Erwerb der Frau während der Ehe für angefochten erklärt, so liegt klar zu Tage, daß nicht die Handlungen des Gemeinschuldners allein es sind, welche der Anfechtung unterliegen; die Anfechtung und die Schadenersatzklage wird auch nicht gegen den Gemeinschuldner (Otto S. 160, Völderndorff I. S. 418 Nr. 21), sondern gegen denjenigen erhoben, der auf Kosten der Gläubiger sich einen vom Gesetze mißbilligten Vortheil verschafft hat, und die Angefochtenheit gegen diejenige geltend gemacht, welche möglicherweise ohne Zuthun des Ehemanns sich einen Vortheil auf Kosten der Masse verschafft hat. Das Prinzip, welches dem Gesetze zu Grunde liegt, ist sonach nicht der Gedanke, daß anfechtbar sein sollen Rechtshandlungen, weil sie der Gemeinschuldner zum Schaden der Gläubiger vorgenommen hat, sondern daß anfechtbar sein sollen an sich gültige Rechtshandlungen, welche in Bezug auf das gemeinschuldnerische Vermögen zum Vortheil des Erwerbers und in dem damit gegebenen Bewußtsein, die Gläubiger des Schuldners zu schädigen, vorgenommen worden sind, nicht nur wenn sie mit dem Willen, sondern auch wenn sie ohne den Willen und sogar wenn sie gegen den Willen des Gemeinschuldners in kritischer Zeit bethätigt worden sind.

Nicht die Verminderung oder wie man neuerdings sagt, die Entäußerung[1]) (Windscheid, Pand. 5. Aufl. II. § 463, Otto, S. 52) des Vermögens des Gemeinschuldners ist anfecht-

[1]) Der Schuldner verkauft das Inventar und die Gebäude seiner Fabrik an einzelne Personen auf Abbruch, wobei der Kaufpreis zwar den Werth der Materialien, nicht aber den Verkaufswerth der Fabrik als Ganzes erreicht. Cossack, S. 87.

bar, da zweifellos die Zerstörung einer Sache oder die Contrahirung von Schulden durch den Gemeinschuldner nicht einer Anfechtung unterliegt, auch wenn sie von diesem in der Absicht geschieht, die Sache den Gläubigern zu entziehen und bezw. die Quote durch Vermehrung der Passiven zu mindern.

Nicht die Vermögensvermehrung eines Andern, sei es durch ein ungültiges oder gültiges Geschäft auf Kosten des Vermögens des Gemeinschuldners, also z. B. wenn durch eine unrichtige Häuserspekulation des Schuldners einzelne Gläubiger desselben gewinnen, unterliegt der Anfechtung. Nur diejenige, vor der Konkurseröffnung, jedoch nach der Zahlungseinstellung und in Kenntniß derselben erfolgte, ihrer rechtlichen Form nach gültige[1]) Vermehrung des Vermögens eines Andern, welche auf Kosten der Masse zu dessen Vortheil geschieht, soll anfechtbar sein. Das Gesetz will nicht dulden, daß ein Vermögensstück, welches, wenn der Konkurs nicht ausgebrochen wäre, sich noch im Vermögen des Gemeinschuldners befände, Theil des Vermögens eines Andern[2]) geworden ist, welcher zwar die Formen des Rechts gewahrt hat, aber in der That nur die kritische Lage des Gemeinschuldners für sich absichtlich ausgebeutet hat, dem Erwerber bleibe. Es will „dem Betruge und der Willkür in allen Gestaltungen vorbeugen" (Mot. S. 110) und will, um die Worte Windscheid's Pand. II. § 422 zu gebrauchen, die Rechtsveränderung nicht aufrecht erhalten, erworbene Rechte nicht schützen, wenn aus dem höheren Gesichtspunkte des Verkehrsinteresses, welches dahin geht, daß bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners alle Gläubiger das ganze Vermögen desselben erhalten und gleichheitlich berücksichtigt werden, die Vermögensveränderung nicht gerechtfertigt wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Gläubiger, welcher weiß, daß der Gemeinschuldner vor dem Bankerott steht, so gegen diesen

[1]) Formell nicht gültige Handlungen brauchen nicht angefochten zu werden.

[2]) Deshalb braucht der Makler, der die Versilberung der Fabriken unter dem Tagespreise bewirkt, auch wenn er das Fallissement und die Preisdifferenz kennt, die Differenz nicht zu ersetzen. Cossack, S. 87.

vorgeht, „daß er den Uebrigen nur die leere Schaale läßt".[1]) Mot. S. 131 Note 1.

Jeder, der bei der kritischen Lage des Gemeinschuldners in der angegebenen Weise einen Theil des Vermögens desselben an sich gezogen und sich dadurch bereichert hat, soll vom Konkursverwalter angehalten werden, die Beute wieder herauszugeben. Die Geltendmachung dieses Verlangens ist der eigentliche Konkursanspruch und ist dies Wort die richtige Bezeichnung für den dem Konkurs eigenthümlichen Rückerstattungs- und Schadenserſatzanspruch des Verwalters.[2]) Der von dem Gesetze nicht gebilligte Erwerb ist seine Grundlage.

Man kann dies auch so ausdrücken: Angefochten wird nicht die Aufgabe und der Verlust eines Vermögensstückes des Gemeinschuldners, nicht das Entäußerungsgeschäft desselben, sondern die Handlung, welche den Erwerb desjenigen begründet, der in den Formen des Rechts, jedoch in Kenntniß der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners, eine Sache aus, oder ein Recht in Bezug auf dessen Vermögen erlangt und auf Kosten der Konkursmasse sich hierdurch einen Vortheil verschafft hat. Das Gesetz hat gebrochen mit der auf die Bestimmungen des r. R. über die a. Pauliana sich gründenden Anschauung, daß außer der objektiven Benachtheiligung der Gläubiger bei Ausübung des Befriedigungsrechts (äußerer, objektiver Anfechtungsgrund), eine Handlung des Schuldners, durch welche diese bewirkt worden ist (innerer, subjektiver Anfechtungsgrund) Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs sein muß. Zu eng ist das Princip aufgefaßt, wenn Völderndorff S. 303 sagt, daß sich die Anfechtbarkeit auf die Handlungsweise des mit dem Gemeinschuldner Kontrahirenden[3]) gründet. Vielmehr haben die Motive (S. 117) Recht, wenn sie sagen: „Der § 23 stellt in seiner Nr. 1 den

[1]) Ein unter solchen Umständen erklärter Arrest ist ungerechtfertigt. R. G. Bd. III. S. 416.

[2]) Dieser Meinung scheint auch Hellmann, Krit. Vierteljahresschrift N. F. VIII. S. 102 zu sein.

[3]) Es müßte denn das contrahere in sehr weitem Sinne verstanden worden sein, s. Windscheid Pand. I § 124 N. 1.

allgemeinsten Anspruch auf. Eine Verfügung über das Vermögen des Gemeinschuldners soll anfechtbar sein, weil der andere Theil wußte, daß die Zahlungseinstellung oder der Antrag auf Konkurseröffnung bereits erfolgt war." Die Kenntniß der kritischen Lage auf Seite desjenigen, welcher erwarb und die damit von selbst gegebene Absicht, sich auf Kosten der Masse zu bereichern und diese zu schädigen, bildet den inneren Anfechtungsgrund. Das Gesetz verbietet, wenn auch nicht wörtlich, aber durch die Zulassung der Reaktion jeden Angriff auf das Vermögen des Gemeinschuldners in Kenntniß der Krisis desselben und daraus ergiebt sich, daß der dem Konkurs eigenthümliche Anfechtungsanspruch gegen einen solchen Erwerber, welcher dieses Verbot übertreten hat, quasi-deliktischer Natur ist, mindestens ebenso wie die aquilische Klage auf Grund von culpa levissima und die Klage aus dem außerehelichen Beischlaf, weil die Handlung des Anfechtungsgegners, wenn auch deren Unterlassung eine vollkommene Thorheit (Cossack S. 24) sein würde, zwar kein eigentliches Delikt, aber doch ein Verhalten in sich schließt, dem ein gewisser Vorwurf nicht erspart werden kann. Die Klage muß immer darauf gegründet werden, daß der Anfechtungsgegner die Zahlungseinstellung des Schuldners und bezw. den Eröffnungsantrag gekannt hat, gleichwohl aber den Erwerb in der Absicht, sich einen Vortheil zu verschaffen und in dem damit gegebenen Bewußtsein, den Gläubigern einen Nachtheil zuzufügen, gemacht hat. Wenn in denjenigen Fällen, in welchen dem Anfechtungsgegner der Gegenbeweis gegen die Vermuthung freigelassen wird, daß er diese Kenntniß nicht besessen habe, die Möglichkeit besteht, daß er gleichwohl gutgläubig gehandelt hat, so steht dies der gegebenen Charakterisirung nicht im Wege, weil die Frage des Beweises für die rechtliche Natur einer Klage gleichgiltig ist. (Otto S. 25.) Die konkursrechtliche Anfechtungsklage ist ein actio und bezw. exceptio ex injusta causa, welche das Gesetz im Interesse der öffentlichen Ordnung eingeführt hat. Ihre Intention ist die Rückgabe des mit Uebertretung des gesetzlichen Verbots, daß Niemand die Krisis eines Schuldners zu seinem Vortheil ausnützen soll, in das Vermögen

des Gegners Gelangten oder als gelangt Vermutheten (§ 42) herbeizuführen; sie geht auf Herausgabe der aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herrührenden Bereicherung.

Neben diesem Anfechtungsgrund hat das Gesetz auch denjenigen aufrecht erhalten, welcher aus dem allgemeinen Rechtsprinzip folgt, daß der böswilligen Verletzung der Rechte Anderer entgegengetreten werden soll. Es sind daher auch alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche auch ohne Zahlungseinstellung des Schuldners anfechtbar wären, weil sie in der Absicht, die Gläubiger zu schädigen, bethätigt worden sind. Solche böswilligen Rechtshandlungen können, da sie äußerlich die Form wahren, nur unter Mitwirkung des Schuldners und in der Regel auch auf dessen Veranlassung vor sich gehen. Bei diesen Handlungen braucht die Absicht des Erwerbenden, sich selbst einen Vortheil zu verschaffen, nicht vorzuliegen, es genügt, daß der böse Wille, die Gläubiger zu schädigen, gegeben ist, z. B. der Kauf einer Sache um einen angemessenen Preis, oder die Zahlung einer Schuld an den Gemeinschuldner, um diesem Gelegenheit zu geben, den Kaufpreis bezw. die Schuldsumme auf die Seite zu schaffen. Die Anfechtungsklage aus diesem Grunde ist selbstverständlich deliktischer Natur[1]). Auch hier richtet sich die Anfechtung gegen den ungerechtfertigten Erwerb; sie wendet sich gegen den Erwerber, nicht, weil der Veräußerer eine böse Absicht gehabt hat, sondern weil jener bei dem Erwerbe eine böse Absicht verfolgt hat. Nicht die Vermögensentäußerung, die böswilligerweise Seitens des Schuldners erfolgt ist, genügt, auch nicht die Kenntniß, daß der Entäußerer eine böse Absicht verfolge, sondern die Uebereinstimmung

[1]) Die von Völderndorff I S. 303 und Hartmann S. 8, sowie Völderndorff Komt. zum Anfechtungsgesetz S. 26 im Anschluß an gerichtliche Entscheidungen ausgesprochene Ansicht, daß die Anfechtungsklage ein revokatorisches Rechtsmittel der Exekution sei, erklärt nichts. Warum hat der durch die anfechtbare Handlung benachtheiligte Gläubiger dieses Rechtsmittel?

Auch ist die Kontroverse wegen der Konsequenzen (siehe S. 35 bis 37) nicht ein Streit um Worte, wie Völderndorff Anf. Ges. S. 28 meint.

des Willens des Erwerbers mit dem Willen des Veräußerers, die Gläubiger zu benachtheiligen, ist erforderlich[1]), so schon nach Röm. Recht l. 10 § 2 D. 42 8, Quod ait Praetor, sciente, sic accipimus, te conscio et fraudem participante.

Eben weil die Anfechtung nur die Reaktion gegen den bösen Willen des Erwerbers sein soll, darum ist nicht nothwendig, daß dieser einen Vortheil aus der anfechtbaren Handlung gezogen hat. l. 25 § 3 D. h. t. Si procurator ignorante domino quum sciret debitorem ejus fraudandi cepisse consilium, jussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur non dominus.

Die Bestimmungen des § 33 Abs. 1 K. O. und des § 11 Abs. 1 des Anfechtungsgesetzes stehen der Annahme der deliktischen Natur nur scheinbar entgegen. Der Gesetzgeber ist eben nicht dem gemeinen Rechte, welches die Erben des Deliktschuldners nur haften läßt, soweit die Erbschaft reicht, gefolgt, sondern hat das sich bereits im kanonischen Rechte findende (Windscheid, Pand. II § 359[16]) und von dem Preuß. Landrecht I 6 § 28 aufgenommene, dem heutigen Rechtsbewußtsein mehr entsprechende Prinzip adoptirt, daß die Verbindlichkeit zum Schadensersatze auch auf die Erben des Beschädigers übergehe.

Die anfechtbaren Handlungen, von welchen hier die Frage ist, zerfallen sonach in zwei Gruppen. Die erste Gruppe umfaßt die dem Konkurse eigenthümlichen, die zweite besteht aus den auch außerhalb des Konkurses anfechtbaren Handlungen. Bei den Handlungen der ersten Gruppe ist immer nur die

---

[1]) Es bedarf nicht einer betrüglichen Zusammenwirkung. Das bewußte Wollen, die Masse zu schädigen, genügt. Bewußt gewollt ist die Schädigung, sobald der Handelnde wissen konnte, daß die Handlung im Stande sei, die Gläubiger zu schädigen, z. B. Uebertragung eines großen Theils des Vermögens an eine Person. Mit dieser Absicht können noch andere Absichten verbunden sein. Der Text der Anfechtungsgesetze vermeidet den Ausdruck „Betrug, betrügliche Rechtshandlung." S. Rocholl in Jur. Wochenschr. 1883 S. 26. Eine weitere Darlegung, was unter fraus des Schuldners und conscientia fraudis des andern Theils zu verstehen sei, ist an dieser Stelle nicht erforderlich. S. hierüber Otto S. 97—113.

Kenntniß des Anfechtungsgegners von der Zahlungseinstellung des Schuldners oder dem Konkurseröffnungsantrag — kurzweg die Kenntniß der Krisis genannt — von Bedeutung, das Verhalten seines etwaigen Mitwirkenden ist gleichgiltig; dagegen muß bei den Handlungen der zweiten Gruppe ein böser Wille des Anfechtungsgegners und des Schuldners bei dem Zusammenwirken zum Nachtheil der Gläubiger vorhanden sein. Man kann die Anfechtung von Handlungen der ersten Gruppe als die rein konkursrechtliche Anfechtung, die Anfechtungen gegen Handlungen der zweiten Gruppe als Anfechtung im weiteren Sinne bezeichnen. Da die Kenntniß der Zahlungseinstellung leichter nachgewiesen werden kann, als die böse Absicht Zweier, die Gläubiger zu schädigen, so ist bei Vornahme der Anfechtung einer der Masse nachtheiligen Handlung erst in zweiter Linie zu untersuchen, ob diese reine böse Absicht gegeben ist.[1])

Auch das Gesetz hat seine Bestimmungen in diesem Sinne gruppirt; zuerst sind Bestimmungen über die dem Konkurse eigenthümliche Anfechtung, § 23, sodann solche über die Anfechtung getroffen, welche auch außerhalb des Konkurses vorkommen kann, § 24, und sind auch für letztere, soferne die fraglichen Handlungen zur Zeit der Krisis erfolgt sind, in Folge des oben entwickelten Prinzips entsprechende Modifikationen in Anwendung gebracht worden.

I. Nach § 23 sind anfechtbar alle Handlungen, durch welche zur Zeit der Krisis in Kenntniß derselben von einer Person ein die Masse benachtheiligender Erwerb begründet worden ist. Dies kann geschehen

a) durch einen Vertrag mit dem Gemeinschuldner,

b) durch eine einseitige, vom Erwerber genehmigte Handlung des Schuldners,

c) durch eine einseitige Handlung des Erwerbers.

[1]) Die Ansicht Cossack's (S. 82), daß bei der Anfechtung im weitern Sinn ein Gläubiger als solcher nicht Gegner sein könne, erscheint nicht haltbar. Denn warum sollte eine 6 Monate vor Eröffnung des Verfahrens rein paulianisch erfolgte Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers unanfechtbar sein?

Die Handlungen sub a und b nennt das Gesetz Rechtsgeschäfte, welche von dem Gemeinschuldner eingegangen worden sind.[1])

Es ist deshalb z. B. ad a die Uebernahme einer Bürgschaft seitens des Gemeinschuldners oder die Entlassung eines Bürgen für eine Forderung des Gemeinschuldners, ad b Zahlung einer fälligen Schuld durch den Gemeinschuldner, ad c die Erwirkung einer gerichtlichen Pfändung oder die Annahme einer Zahlung von Seiten des Schuldners des Gemeinschuldners (l. 106 D. 46. 3) anfechtbar, wenn derjenige, welcher durch den Vertrag oder einseitige Handlung einen Erwerb machte, die Krisis kannte. Auch der verschleierte Erwerb ist unter dieser Voraussetzung anfechtbar. §§ 27 und 42.

Der Anfechtende muß diese Kenntniß beweisen. In einem Falle jedoch wird die Kenntniß vermuthet, nämlich wenn der Erwerber ein Konkursgläubiger ist und nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag oder in den letzten 10 Tagen vorher etwas Anderes aus dem Vermögen des Schuldners erworben hat, als er nach dem Inhalte seiner Forderung erwerben durfte, incongruente Deckung erlangt hat, z. B. Schaffung einer Kompensationspost R. O. H. G. Bd. X S. 211 (§ 23 Z. 2 bis zu den Worten „noch eine Absicht ꝛc.")[2])

Eine Schranke hat der Beweis und bezw. die Vermuthung;

[1]) Unrichtig Wilmowski S. 130 Note 2 zu § 23, welcher Rechtsgeschäfte nur auf Verträge angewendet haben will.

[2]) Dagegen scheint das R. G. Bd. VII S. 37 zuweit zu gehen, wenn es auch die Pfändung auf Grund vollstreckbaren Urtheils als eine Handlung des Gläubigers erklärt, gegen welche die obige Vermuthung streitet. Auf diese Sicherheit hat jeder Gläubiger, der eine vollstreckbare Urkunde besitzt, ein Recht. Nach der Anschauung des R. G. ist ein Gläubiger, der zufälliger Weise in Erfahrung bringt, daß der Schuldner baares Geld besitzt und deshalb dasselbe pfändet und an sich nimmt, trotz seines böseren Glaubens besser gestellt als der gutgläubige Gläubiger, der andere Sachen pfänden läßt. Der nachsichtige Gläubiger ist schlimmer daran als der strenge, welcher rasch die Versteigerung betreibt.

es darf nach § 26 die Kenntniß der Krisis nicht sechs Monate über den Eröffnungstag zurück untersucht werden. Eine weitere Schranke setzt § 27.

II. Nach § 24 ist das förmliche Planen der Benachtheiligung anfechtbar. Dieses Planen muß von dem Anfechtenden bewiesen werden. Jedoch wird dasselbe vermuthet

a) wenn der Ehegatte[1]) oder ein Verwandter sich auf einen mit dem Gemeinschuldner im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung geschlossenen entgeltlichen Vertrag zum Nachweis des Rechtes auf das aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Erworbene berufen. Diese strenge Vermuthung wird jedoch nicht auf alle entgeltlichen Verträge derselben mit dem Gemeinschuldner angewendet, sondern nur dann, wenn der entgeltliche Vertrag an sich den Gläubigern nachtheilig gewesen ist.

b) wenn ein Konkursgläubiger nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag oder in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag etwas Anderes aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erworben hat, als er nach dem Inhalte seiner Forderung erwerben durfte, incongruente Deckung erwirkt hat (§ 23 Z. 2 „noch eine Absicht des Gemeinschuldners" 2c.).

Einem ganz anderen Prinzip folgt der § 25 Z. 1. Er beruht auf dem Grundsatz, daß es nicht billig sei, daß Jemand, welcher im letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens gutgläubig ein Geschenk erhalten hat, dieses behalte, während andere Leute, die mit dem Gemeinschuldner in Berührung kamen, Schaden erleiden sollen.

§ 25 Z. 2 gehört als Ausnahme des § 37 nicht an diese Stelle. Denn es will mit § 25 Z. 2 nur gesagt werden, daß unentgeltliche Verfügungen des Ehemanns an die Ehefrau, welche vor mehr als 2 Jahren stattgehabt haben und die Rück-

---

[1]) Die Anführung der Ehegatten ist angesichts des § 37 eigentlich überflüssig, sofern die Frau hierunter verstanden ist.

gabe des der Frau gehörigen Vermögens, sofern das Gesetz oder ein vor mehr als 2 Jahren geschlossener Vertrag den Ehemann dazu verpflichtet hatte, der Angefochtenheit des § 37 entzogen sein soll.

Es ist in dem Fall der § 25 Ziffer 1 der Anspruch auf Herausgabe ein mäßigerer und auf die zur Zeit der Anfechtung noch vorhandene Bereicherung gerichtet, wenn der Empfänger gutgläubig war. War er nicht gutgläubig, sondern wollte er bei der Empfangnahme der unentgeltlichen Verfügung die Gläubiger verkürzen, oder kannte er die Krisis, so haftet er wie jeder andere, der mit dem Gläubiger unter diesen Voraussetzungen Geschäfte machte. (§ 24 Ziffer 1, § 23 Ziffer 1a.)

Daß das gefundene Prinzip der Wahrheit nahe kommt, dürfte daraus hervorgehen, daß die Motive demselben Ausdruck verleihen. Dieselben sagen S. 121 Folgendes:

Die Unredlichkeit verfolgt er (Entwurf) in einem strengeren Sinn und weiteren Umfang, als das römische Recht. I. Eigenthümlich dem Konkurse ist die Anfechtbarkeit aller Rechtshandlungen, bei deren Vornahme der Gegner wußte, daß der Konkursanspruch der Gläubiger schon zu Tage getreten war (§ 23 Nr. 1) und die den Begünstigungen einzelner Konkursgläubiger entgegentretende Rechtsvermuthung (§ 23 Nr. 2); — gemeinsam den Verhältnissen der Gläubiger außerhalb und innerhalb eines Konkurses ist die Anfechtbarkeit II der beiderseits betrüglichen Rechtsgeschäfte (§ 24 Nr. 1), sowie die in dem letzten Jahre geschlossenen entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinen nächsten Verwandten, wenn diese den Richter nicht von ihrer Redlichkeit überzeugen (§ 24 Nr. 2) und III aller Freigebigkeiten aus dem letzten Jahre (§ 25 Nr. 1) und insbesondere der Freigebigkeiten an den Ehegatten des Gemeinschuldners aus den letzten zwei Jahren (§ 25 Nr. 2).

Wenn dieser leitende Gedanke nicht durch den Einfluß der unrichtigen Idee, daß die anfechtbare Handlung eine, wenn auch minimale Mitwirkung des Schuldners zur Voraussetzung haben müsse, getrübt worden wäre, so hätte schon der Entwurf eine andere Fassung erhalten müssen. Nur die Unmöglichkeit, sich

loszureißen von der erwähnten unrichtigen Idee, welche auch zu der irrigen Behauptung verführt hat, daß der pfändende Gerichtsvollzieher Vertreter des Schuldners sei, hat verhindert, daß im Entwurf, um mit Windscheid Pand. I § 22 zu reden, „der eigentliche Gedanke" nicht ganz zum Ausdruck gekommen ist. Das Gesetz hat den richtigen Ausdruck besser gefunden.

Uebereinstimmend sagen Entwurf und Gesetz im § 30 nicht, daß zurückgegeben werden müsse, was der Gemeinschuldner veräußert, weggegeben und aufgegeben hat, sondern wählen die passive Form und legen im § 33 Abs. 2 alles Gewicht auf die Zeit des Erwerbes, nicht auf die der Entäußerung. Wäre nur die Handlung des Gemeinschuldners, d. h. die Entäußerung desselben anfechtbar, so wäre diese Bestimmung nicht zu erklären, da es gleichgültig ist, ob der erste Erwerber die böse Absicht des Gemeinschuldners kannte und bei diesem nur die Kenntniß der „Krisis" beim Erwerbe verlangt wird.

Uebereinstimmend sprechen Entwurf und Gesetz im § 22 allgemein von Rechtshandlungen, ohne anzugeben, wessen Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen.

Das Gesetz hat aber im Gegensatz zum Entwurf im § 23 Ziffer 1 die Worte „von ihm (dem Gemeinschuldner) an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen" und im § 23 Ziffer 2 die Worte „Rechtshandlungen des Gemeinschuldners" beseitigt und im § 24 Ziffer 1 den Ausdruck „Rechtshandlungen" im Gegensatz zu „Rechtsgeschäft, Vertrag, Verfügung" gewählt, um anzudeuten, daß nicht nur durch Kontrahiren mit dem Gemeinschuldner, sondern auch in anderer Weise anfechtbare Handlungen vorgenommen werden können.

Dem Principe des § 23 entspricht es, wenn die K. O. die Eröffnung des Konkurses nicht von dem Vorhandensein einer Mehrheit von Gläubigern abhängig macht. Otto S. 216. R. G. Bd. XI S. 42. Der „eine" Gläubiger wäre rechtlos, wenn andere Gläubiger in kritischer Zeit das gesammte Vermögen des Schuldners durch diesen überraschende Exekution und Arreste an sich gebracht hätten.

Das gefundene Prinzip erklärt, warum, wie auch schon der

Entwurf wollte, der Verwalter den Anfechtungsanspruch erheben kann. Wenn der Verwalter nicht die Handlung des Gemeinschuldners, sondern mit Ausnahme des § 25 den Erwerb des Anfechtungsgegners ansicht, und von diesem das Erworbene herausverlangt, so ist dies nicht im Widerspruch damit, daß er Vertreter des Gemeinschuldners in Bezug auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen desselben ist; der Gemeinschuldner bekämpft durch ihn nicht seine eigene Handlung: die Anfechtung richtet sich gegen die nicht zu billigende Erlangung eines Vermögensstücks des Schuldners.[1]) Insoweit der Verwalter nicht Rechte des Schuldners, sondern nur eigene geltend macht, kann ihm ein Eid über Handlungen des Schuldners nicht zugeschoben werden, also nicht über die die Anfechtung begründende Handlung, dagegen über die die Rechte des Schuldners an dem verlorenen Vermögensstücke, auch abgesehen von der Anfechtung, in Frage stellenden Handlungen.

Auch auf die Strafbestimmungen der K. O. wirft dieses Prinzip ein klares Licht.

Der Gläubiger oder Schuldner des Gemeinschuldners, welcher ohne dessen Mitwirkung in den Formen des Rechts aus dem Vermögen desselben etwas erwirbt, kann nicht strafbar sein; dagegen verletzt der Schuldner, welcher sich oder einem Gläubiger planmäßig einen Vortheil auf Kosten der Masse verschafft, die öffentliche Ordnung, welche der Gefährdung des Kredits entgegenwirken muß. Daher ist nur als strafbar erklärt die Vornahme von Rechtshandlungen nach § 24 Ziff. 1 und § 23

[1]) Die Bestimmung des Gesetzes, daß nur der Verwalter das Anfechtungsrecht ausüben dürfe, bewährt sich in der Praxis nicht. Wenn die Masse nur aus Anfechtungsansprüchen besteht, so müssen in der Regel die Hauptgläubiger die Haftung für die Kosten übernehmen, wenn der Verwalter von seinem Rechte Gebrauch machen soll. Die Befürchtungen, welche an die Ueberlassung der Anfechtung an die Gläubiger geknüpft worden sind, hätten sich durch die Vorschrift, daß ein gemeinschaftlicher Vertreter zu bestellen und das Erstrittene oder im Vergleichswege Erlangte der Masse zu Gute kommen müsse, beseitigen lassen können.

Ziff. 2 und letztere nicht deshalb, weil sie in Kenntniß der Krisis erfolgt sind, sondern nur dann, wenn sie vorgenommen sind in der Absicht, den Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. (§ 209 Ziff. 1 und 2 und § 211.) Der Gläubiger und ein Anderer ist nur strafbar, wenn er den Plan angestiftet, oder bei der Ausführung desselben als Mitthäter oder Gehülfe thätig war. (§ 212 Ziff. 1 und 2 und § 211.)

Die übrigen Strafbestimmungen hängen mit der vorliegenden Frage nicht zusammen.

Das gefundene Prinzip erklärt den Unterschied zwischen dem Anfechtungsanspruch innerhalb und außerhalb des Konkursverfahrens.

Es können die Bestimmungen, welche ihren Grund haben in der Verletzung des Prinzips, daß, sobald der Konkurs ausgebrochen ist, alle Ausbeutungen und Vortheile, welche mit Rücksicht auf die kritische Lage des Gemeinschuldners erworben worden sind, zurückgegeben werden müssen, außerhalb des Konkursverfahrens selbstverständlich nicht Platz greifen. Es scheidet daher außerhalb des Konkurses aus die Anfechtung von Handlungen, welche Gläubiger oder Schuldner des Schuldners ohne Mitwirkung desselben, lediglich um sich einen Vortheil zu verschaffen, gegen dessen Vermögen vorgenommen haben und bleibt nur übrig die Anfechtung von Handlungen, bei welchen der Anfechtungsgegner und der Schuldner planmäßig zum Nachtheil der Gläubiger zusammengewirkt haben. Das Gesetz vom 21. Juli 1879 betitelt sich daher mit Recht: Die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, und spricht in § 1 von Rechtshandlungen eines Schuldners, während § 22 K. O. nur von Rechtshandlungen spricht.

Die Vermuthung des § 23 Ziff. 2 (daß dem Gläubiger eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war), muß wegfallen, weil kein Konkurs ausgebrochen und daher kein Konkursgläubiger vorhanden ist. Dagegen bleibt die Vermuthung des § 24 Ziff. 2 bestehen.

Die Bestimmungen der §§ 23, 27 42, 48 Ziffer 3 K. O., konnten im Anfechtungsgesetz einen Platz nicht finden. Die Vorschriften des § 3 Ziffer 3 und 4 des Gesetzes folgen besonderen Prinzipien.

Wenn auch die Konsequenzen des Princips ins Auge gefaßt werden wollen, so lassen sich aus demselben die Streitfragen, ob der besondere Gerichtsstand des § 32 C. P. O. für die Anfechtung gegeben ist[1]) und was der Anfechtungsgegner zurückzugeben habe, leicht beantworten. Anlangend die erste Frage, so ist, da auf das Verhalten des Schuldners nichts ankommt, der besondere Gerichtsstand des § 32 C. P. O. ohne Rücksicht darauf, ob eine Mitwirkung des Schuldners oder dessen Einverständniß vorliegt (R. G. Bd. X S. 330) und zwar da gegeben, wo die den unerlaubten Erwerb begründende Handlung begangen ist. Es ist demnach die Anfechtung einer Pfändung von Sachen, oder der Erwirkung eines Hypothekeneintrags bei dem Gerichte zu erheben, innerhalb dessen Bezirks die Pfändung oder der Eintrag ins Hypothekenbuch bethätigt worden ist. Es ist nicht das Forum der Zwangsvollstreckung (Cossack S. 235) hiernach gegeben und deshalb Prorogation zweifellos zulässig. Ebenso ist bei anfechtbaren Zahlungen dasjenige Gericht zuständig, innerhalb dessen Sprengels der bezahlte Betrag in den Besitz des Erwerbers gelangt ist.

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Ansicht, sofern der Anfechtungsgegner keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, auch die Beurtheilung der Frage, ob die Anfechtung überhaupt statthaft ist, dem ausländischen Richter überläßt und dahin führen kann, daß die Vornahme eines dolosen Aktes ins Ausland versetzt wird, um ihn der Anfechtung mehr oder minder zu entziehen (Cossack S. 105); allein da der im Inlande eröffnete Konkurs sich immer nur auf das im Inlande befindliche Vermögen bezieht und deshalb alle Vermögensstücke des Gemeinschuldners, welche sich im Auslande befinden, nur nach dem Rechte des Auslands vom Konkursverwalter beansprucht werden

[1]) Entsch. d. R. G. Bd. X S. 328, 337.

können, so besteht auch für absichtlich ins Ausland verbrachte Gegenstände keine Ausnahme, sondern greift nur die Regel Platz. Was die zweite Frage nach dem Umfange der Restitutionspflicht betrifft, so giebt, wie Cossack S. 244 mit Recht bemerkt, das Gesetz hierüber keinen Aufschluß und ist aus dem Wortlaut desselben nicht zu entscheiden, ob die Rückgewähr specifisch oder dem Werthe nach erfolgen und wie die Pflicht des Gegners bei Unmöglichkeit specifischer Rückgewähr sich gestalten soll, d. h. ob der Gegner für den zufälligen Untergang des anfechtbar Erlangten hafte, ob ihm blos die Haftung auf die Bereicherung oder auch die weiter gehende Haftung auf das Interesse obliege. Die den Motiven folgende Lehre geht dahin, daß der Gegner die Masse in die Lage zurück zu versetzen habe, in welcher sich dieselbe befinde, wenn die anfechtbare Handlung nicht stattgefunden hätte. (Otto S. 166, 177, Völderndorff I S. 403). Es würde hiernach der Anfechtungsgegner der Masse das vollständige Interesse zu ersetzen haben. Diese Auffassung steht ganz auf dem Boden der a. Pauliana l. 10 § 19—22 D 42, 8 l. 38 § 4 D 22, 1, Windscheid Pand. II § 463 Nr. 4 und läßt sich für die Anfechtung im weiteren Sinn (§ 24) wegen der Deliktsnatur derselben rechtfertigen. Dieselbe geht aber zu weit für den Fall, daß lediglich die rein konkursrechtliche Anfechtung gegeben ist: deren Zweck ist lediglich nur Entziehung des ungerechtfertigt Erlangten, da es an sich kein Unrecht ist, seinen Vortheil in Form Rechtens zu verfolgen, wenn auch ein Anderer dabei geschädigt wird. Auf den in solcher Weise anfechtbaren Erwerb sind die auf die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung bezüglichen Bestimmungen anzuwenden, so daß der Gegner das Erworbene und sofern dasselbe mit seiner Schuld verloren gegangen ist, dessen Werth ersetzen muß, ohne Rücksicht darauf, ob seiner Bereicherung ein Schaden gegenüber steht, welcher größer als jene ist. Windscheid Pand. II § 424

Hiernach würde die Restitutionspflicht im Falle des § 24 und des § 23 Z. 2, soweit der Mangel der Begünstigungsabsicht des Schuldners vom Gegner nicht nachgewiesen werden kann, nach dem Interesse der Masse, im Falle des § 23 Z. 1

und 2 (mit der bereits erwähnten Ausnahme) nach dem Erwerbe des Gegners und den hieraus gezogenen oder möglich gewesenen Früchten [1]), im Falle des § 25 Z. 1 nach der noch vorhandenen Bereicherung des Gegners sich bemessen.

Diese Auffassung der Restitutionspflicht, welche bei dem unklaren [2]) und angesichts der bereits vorhanden gewesenen Kontroverse kaum verzeihlichen Wortlaut des Gesetzes (siehe auch Cossack S. 244 Note 3) zulässig sein dürfte, entspricht, da sie dem Verschulden des Anfechtungsgegners vollständig Rechnung trägt, der Billigkeit mehr als diejenige der herrschenden Meinung, welche zum Theil wenigstens (Völderndorff I S. 303) die Anfechtungsklage nicht als Klage aus unerlaubter Handlung bezeichnet, andererseits aber den Gegner wie aus einem Delikte haften läßt.

Endlich mag noch an einem Fall dargethan werden, wie lediglich die Frage, worin der Erwerb des Anfechtungsgegners zum Nachtheil der Masse liegt und durch wessen Handlung derselbe begründet worden ist, zum Ziele führt, dagegen jede andere Fragestellung Irrthümer hervorruft, und hierzu der im Bd. XII S. 42 der Entsch. d. R. G. mitgetheilte Rechtsfall gewählt werden. Das Urtheil des R. G. ist richtig, aber nur weil der Beklagte Revision nicht eingelegt hat. Die Gründe des R. G. lassen dies auch deutlich erkennen. Die Klage auf Rückgabe der Papiere oder deren Werth wäre vielmehr abzuweisen gewesen. Die Papiere waren Eigenthum des Beklagten und dieser hätte die Herausgabe derselben begehren können, wenn sie sich in der Konkursmasse befunden hätten. In deren Rückgabe lag daher keine Schädigung der Masse und keine Bereicherung des Beklagten. Die Schädigung der Masse lag auch nicht in der Einlösung d. i. der Bezahlung der schuldigen Summe an die Gewerbebank, welche nur dieser gegenüber, nicht aber dem Beklagten gegenüber anfechtbar wäre, deren Anfechtung aber wenigstens für den Betrag des Werthes der Papiere unbegründet sein

[1]) Gleicher Ansicht ist Hellmann l. c. S. 404.

[2]) Welcher Unterschied ist, vom Standpunkt des Schuldners aus gesehen, zwischen „veräußert, weggeben, aufgegeben?“

würde, da die Gewerbebank gemäß § 306, 307 H. G. B. unbestreitbares Faustpfandrecht an denselben erlangt hatte. Die Bereicherung des Beklagten lag vielmehr in der durch die Einlösung bethätigten Befreiung des Beklagten von der Verpflichtung, die Schuldsumme zu bezahlen, um zu seinen Papieren zu gelangen, oder wie das R. G. sich ausdrückt, die Schädigung der Masse bestand in der Erfüllung der dem Gemeinschuldner gegenüber dem Beklagten bestehenden Verpflichtung, die Papiere vom Pfandnexus zu befreien, durch welche zum Vortheil des Beklagten vom Gemeinschuldner bewirkt wurde, daß dieser seine Papiere zurückerhielt, ohne sie aus eigenen Mitteln pfandfrei machen und wegen des Gezahlten sich als Konkursgläubiger anmelden zu müssen. Lediglich in dem Aufwand, welchen der Gemeinschuldner auf Kosten der Masse machte, um dem Beklagten eine Ausgabe zu ersparen, besteht die Benachtheiligung der Masse oder deutlicher in der ersparten Befreiung liegt die Bereicherung des Beklagten.

War dieser Aufwand und beziehungsweise die Befreiung gemäß den Bestimmungen der K. O. ein rechtswidriger, so muß der Konkursverwalter Klage auf Rückgabe der aufgewendeten 5700 Mark und nicht bloß des Werthes der Papiere mit 5000 Mark erheben. Von der Begründung dieser Klage hängt die Entscheidung ab. Will der Verwalter § 24 Ziffer 1 K. O. angewendet haben, so muß er behaupten und beweisen, daß der Beklagte und der Gemeinschuldner in böser Absicht zusammengewirkt d. h. vereinbart haben, es solle der Gemeinschuldner die Papiere auslösen, damit der Beklagte die hierauf erwachsende Ausgabe, um zu seinen Papieren zu gelangen, erspare. Die Vermuthung des § 23 Ziffer 2 K. O., daß ein solches Zusammenwirken gegeben sei, greift nicht Platz, weil der Beklagte, der zweifellos auch als Konkursgläubiger zu erachten ist, innerhalb der kritischen Zeit keine incongruente Deckung erhalten hat, da seine Forderung die Befreiung der ihm gehörigen Papiere vom Pfandnexus zum Inhalte hat. Will der Verwalter nur auf das einseitige Verhalten des Gemeinschuldners Gewicht legen, so muß er gemäß § 23 Ziffer 1 b behaupten und be-

weisen, daß der Beklagte die Krisis gekannt hat. Die Vermuthung des § 23 Ziffer 2 greift, trotzdem die Befriedigung innerhalb der 10 Tage vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, nicht Platz, weil kongruente Deckung stattgefunden hat. Was den Zeitpunkt der Kenntniß anlangt, so ist lediglich maßgebend die Zeit der Auslösung der Papiere und nicht die des Empfangs, denn mit der Auslösung hatte der Beklagte die Befreiung von der Ausgabe, die er hätte machen müssen, um seine Papiere zu erhalten — worin ja die Bereicherung des Beklagten liegt — erlangt. Dies ist auch die Anschauung des R. G., welches bemerkt, daß nicht die Zurückgabe der Papiere, sondern deren Einlösung als die anzufechtende Rechtshandlung erscheint und daher der Eid hinsichtlich der Zeitbestimmung unrichtig normirt und entscheidend sei, ob dem Beklagten zur Zeit der Einlösung die unredliche Absicht des Gemeinschuldners bekannt gewesen sei.

Es dürfte jedoch fraglich sein, ob der Eid gerade auf die Kenntniß der unredlichen Absicht des Gemeinschuldners zu stellen ist, da, wie gezeigt, § 23 Z. 2 nicht Platz greift. Vielmehr dürfte genügen, wenn der Eid die Kenntniß der Zahlungseinstellung zum Inhalte hat. Die Kenntniß der unredlichen Absicht zur Zeit der Einlösung schadet dem Beklagten nicht, wenn er nicht vor der Einlösung mit dem Gemeinschuldner die nach § 24 Ziffer 1 anfechtbare oben angegebene Vereinbarung getroffen hat. Man nehme z. B. an, daß der Brief, durch welchen der Gemeinschuldner dem Beklagten bekannt giebt, er werde, um ihn vor den Gläubigern zu begünstigen, die Einlösung der dem Beklagten gehörigen Papiere vornehmen in dem Augenblicke bei dem Beklagten eingetroffen ist, wo der Gemeinschuldner die Einlösung vorgenommen hat, so hat zwar der Beklagte die böse Absicht des Schuldners zu der Zeit, wo ein Erwerb ihm zufiel, gekannt, Niemand wird aber ihn als doli particeps bezeichnen können, weil er nicht in der Lage war, der fraus des Schuldners entgegen zu treten. Dagegen kann er die Zahlungseinstellung des Schuldners möglicherweise der fraglichen Mittheilung entnehmen, und genügt diese Kenntniß, um seinen Erwerb zu einem anfechtbaren zu stempeln.

II.

Die Anfechtung im Allgemeinen bezweckt die Erlangung eines zu Gunsten eines Anderen verloren gegangenen Rechtes. (Windscheid Pand. I § 82.) Die Anfechtung, von welcher hier gehandelt wird, bezweckt die Erlangung von Rechten, welche aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ein Anderer entweder aus lediglich böser Absicht, die Gläubiger des Inhabers zu schädigen (Anfechtung im weiteren Sinn § 24 K. O.), oder in der Absicht sich einen Vortheil auf Kosten der Masse zu verschaffen (rein konkursrechtliche Anfechtung § 23 K. O.), erworben hat.

Frägt man gegenüber diesem Ergebniß der vorausgegangenen Untersuchung, ob die Anfechtung auf Unterlassungen des Gemeinschuldners, welche das Vermögen desselben für die Gläubiger gleich empfindlich dadurch benachtheiligen, daß eine Vermögensvermehrung abgelehnt oder einer Vermögensverminderung nicht entgegengetreten wird, Anwendung finden kann, so ist, soferne der Nichterwerb und Verlust von Rechten durch Unterlassungen des Gemeinschuldners lediglich in dem Ablauf der zur Vornahme der unterlassenen Handlungen bestimmten Zeit seinen Grund hat, klar, daß eine Anfechtung nicht Platz greifen kann.

Wenn nur allein die Zeit ihre Macht in Bezug auf Rechtsverhältnisse hat wirken lassen, so kann von dem Vorhandensein irgend einer zu mißbilligenden Absicht bei dem Erwerbe des Rechtes oder beim Verluste desselben nicht die Rede sein. Daraus folgt von selbst, daß Rechte, welche der Schuldner lediglich durch nachlässige Unterlassung der zu ihrer Erhaltung nothwendigen Handlungen verloren hat, und welche von anderer Seite durch reines Gehenlassen der Dinge erworben worden sind, im Wege der Anfechtung nicht erlangt werden können. Dieser Gedanke schwebte wahrscheinlich Völderndorff vor, als er ein andauerndes längere Zeit hindurch währendes Nichthandeln des Gemeinschuldners für ein nichtanfechtbares Unterlassen erklärte. Wenn also ein Recht oder eine Forderung lediglich durch unabsichtliche, nur nachlässige Nichtausübung während der Verjährungszeit, oder ein Prozeß lediglich in Folge Versäumung einer Frist verloren wird und dadurch einem Andern ein Erwerb (Freiheit

von einer Dienstbarkeit, einer Verpflichtung ꝛc.) zufällt, so ist eine Anfechtung nicht zulässig.

Bei rein nachlässigem Verhalten des Gemeinschuldners ist aber sogar auch die Kenntniß des Erwerbers von der Krisis des Gemeinschuldners zur Zeit des Erwerbs gleichgiltig, weil Niemand verpflichtet ist, einem Erwerbe, welcher ihm von selbst zufällt, entgegen zu treten; nur das Eingreifen in den Gang der Dinge behufs Erlangung eines Erwerbs in Kenntniß der Krisis oder in böser Absicht ist verboten.

Es ist deshalb oben als Gegenstand der Anfechtung, die den zu mißbilligenden Erwerb begründende Handlung erklärt worden.[1])

Daher ist die Anfechtung gegen den Schuldner des Gemeinschuldners, der in Kenntniß der Krisis nicht zahlt, weil während der kritischen Zeit die Verjährung der gemeinschuldnerischen Forderung vor sich geht, nicht zulässig. Die bloße Nachlässigkeit des Gemeinschuldners bei Unterlassung von Conservativakten (Otto S. 46) kann der Anfechtung der Gläubiger nicht unterworfen werden, weil der Verlust von Rechten in Folge derartiger Unterlassungen und der hierauf sich gründende Erwerb auf gewichtigeren Prinzipien beruht, als das dem Grundsatz, daß erworbene Rechte unangetastet bleiben sollen, entgegenstehende außerordentliche Mittel der Anfechtung. Zu solchen höheren Prinzipien gehört dasjenige, auf welchem das Institut der Verjährung beruht und dasjenige, durch welches das Institut des Wechsels beherrscht wird.

Diese beiden Institute würden beeinträchtigt werden, wenn gegenüber der Unterlassung einer Klage während der Verjährungszeit oder gegenüber der Unterlassung eines Protestes während der Protestzeit untersucht werden dürfte, ob derjenige, welcher in Folge der Unterlassung einen Erwerb gemacht hat, die Krisis des Gemeinschuldners gekannt hat. Es darf dies eben so wenig

---

[1]) Der Ausdruck „Rechtshandlung" schließt ein rein negatives Verhalten aus: ein solches ist niemals eine Rechtshandlung. Sarwey zu § 22 Note 1.

geschehen als außerhalb des Konkurses gegenüber gewissen Verjährungen der gute Glaube des Erwerbenden untersucht werden darf.

Bis jetzt sind zwei Fälle der Unterlassung des Gemeinschuldners betrachtet worden, nämlich der Fall, daß Erwerber und Verlierer sich dem Zeitablauf gegenüber gleichgültig verhalten haben, und sodann der Fall, daß zwar der Verlierer sich indifferent, der Erwerber aber, wenn auch nicht thätig, so doch nicht gleichgültig sich verhalten hat. Es ist hierbei gefunden worden, daß die unbewußte Unterlassung des Gemeinschuldners und die bewußte Unterlassung des in Folge Unterlassung des Gemeinschuldners Erwerbenden die Anfechtung ausschließen.

Nunmehr sind die Fälle zu untersuchen, wo eine bewußte Unterlassung seitens des Gemeinschuldners vorliegt.

Da das bewußte Herbeiführen eines Erfolges durch Unterlassung einer Handlung gleich zu achten ist, woran bei einem Omissivdelikt Niemand zweifelt, so sind viele Rechtslehrer der Anschauung, daß die in Folge bewußter Unterlassung des Schuldners eingetretenen Vermögensverluste desselben als stillschweigend gewollte Veräußerungen zu erachten und mindestens gemäß § 25 Ziffer 1 als unentgeltliche Verfügungen anzufechten sind. Mit Rücksicht darauf, daß diese Ansicht auf der römisch rechtlichen Anschauung, daß lediglich die Handlung des Schuldners maßgebend sei, beruht, muß angenommen werden, daß nach derselben die Anfechtung auch Platz greift, wenn die bewußte Unterlassung des Schuldners einem Andern auch ohne sein Zuthun zu Gute kommt. Es müßte hiernach, wenn der Schuldner aus Gleichgültigkeit für seinen Vermögensstand in Folge der über ihn eingebrochenen Krisis bewußt die Erhebung einer Klage, deren Verjährung bevorsteht, oder die Levirung eines Wechselprotestes unterläßt, die Anfechtung zulässig sein, obwohl man dem Schuldner des Gemeinschuldners oder dem Indossanten desselben nicht zumuthen kann, eine verjährte Forderung oder die Wechselregreßsumme eines nicht protestirten Wechsels zu bezahlen. Wenn man die Konsequenz dieser Anschauung ins Auge faßt und sich vergegenwärtigt, daß dieselbe

in den meisten Fällen mit denjenigen Rechtsprinzipien in Konflikt geräth, welche an die Unterlassung einer Handlung zu rechten Zeit, mag dieselbe bewußt oder unbewußt vor sich gehen, den Verlust von Rechten knüpfen, so kann man sich nicht verhehlen, daß die hier besprochene Lehre, so viel Bestechendes sie auch haben mag, nicht über alle Bedenken erhaben ist.

Das Ergebniß wird ein anderes, wenn man dagegen den in der vorausgegangenen Untersuchung gefundenen Satz, daß nur der auf Kosten der Masse beabsichtigte und durch Zuthun des Erwerbers eingetretene Erwerb der Anfechtung unterliegt, bei Beantwortung der gegenwärtigen Frage berücksichtigt. Die nothwendige Folge derselben ist, daß der vom Schuldner durch seine Unterlassung zwar beabsichtigte, jedoch ohne Zuthun des Erwerbers eingetretene Erwerb nicht anfechtbar ist. Daher ist der Erwerb, welcher durch Eintretenlassen der Verjährung oder der Präjudizirung des Wechsels stattfindet, sofern der Erwerber keinen Einfluß hierauf hatte, nicht anfechtbar; ebensowenig ist die Anfechtung zulässig, wenn ein Miterbe oder Mitvermächtnißnehmer die Erbschaft oder bezw. das Legat nicht annimmt und in Folge dessen den übrigen Mitberechtigten der Theil des die Annahme Unterlassenden „nicht abwächst".

Der hier entwickelten Anschauung gegenüber mag darauf hingewiesen werden, daß durch Zahlung eines Dritten die Befreiung des eigentlichen Schuldners auch ohne dessen Zuthun und gegen dessen Willen vor sich geht, und daß man wohl die Zahlungen fremder Verbindlichkeiten seitens des Gemeinschuldners der Anfechtung nicht entziehen könne; allein dagegen muß bemerkt werden, daß, so ferne der eigentliche Schuldner mit dieser Zahlung einverstanden ist, wegen der Annahme derselben eine Schenkung, sonach ein mit seinem Zuthun eingetretener Erwerb vorliegt (Windscheid Pand. II § 365 Note 5) und deshalb die Anfechtung auch ihm gegenüber zulässig ist und daß, so ferne der eigentliche Schuldner sich diese Bezahlung nicht als Schenkung gefallen lassen will, eine Anfechtung nicht nothwendig ist.[1])

[1]) l. 19 § 2 D. 39. 5.

Wenn aber bei ganz passivem Verhalten desjenigen, welcher durch die nachlässige oder bewußte Unterlassung des Schuldners einen rechtlich gebilligten Erwerb macht, die Anfechtung ausgeschlossen ist, so folgt andererseits aus dem oben gefundenen Grundsatz, daß sobald ein Eingreifen, eine Handlung des Erwerbenden der Unterlassung des Schuldners gegenübersteht, für die Anfechtung Platz ist, so ferne die weiteren Voraussetzungen derselben gegeben sind. Darum ist ein in Kenntniß der Krisis erwirktes Versäumnißurtheil, mag dasselbe den Schuldner verurtheilen oder eine Klage desselben abweisen, oder ein in solcher Weise erlangter Vollstreckungsbefehl anfechtbar, wenn auch lediglich die Nachlässigkeit des Schuldners diese auf Betreiben des Anfechtungsgegners erfolgten richterlichen Akte ermöglichte. Ferner ist anfechtbar die in Kenntniß der Krisis erwirkte Löschung einer Dienstbarkeit,[1]) wenn der Gemeinschuldner auch nur aus Nachlässigkeit der gerichtlichen Aufforderung, seine Rechte geltend zu machen, nicht nachkommt, vorausgesetzt, daß die Löschung auf Betreiben des die Krisis kennenden Besitzers des dienenden Grundstücks geschieht. Weiter ist die Anfechtung zulässig, wenn der Erwerbende den Schuldner veranlaßt, die Unterlassung vor sich gehen zu lassen, damit der Erwerb eintreten könne. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Indossant den Gemeinschuldner veranlassen würde, den Wechselprotest zu unterlassen, damit er um die Wechselsumme bereichert werde. Ist hiernach die Folge der Unterlassungen des Gemeinschuldners, mögen diese bewußt oder unbewußt stattgefunden haben, anfechtbar, sobald der hierdurch in kritischer Zeit zu einem Erwerb Gelangte durch sein hierauf gerichtetes Handeln daran schuld ist, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß, wenn Verlierer und Erwerber darin übereinkommen, durch eine Unterlassung des Schuldners die Gläubiger zu schädigen, die Anfechtung Platz greift. Es liegt dann keine Unterlassung mehr vor, sondern da die böse Absicht der Beiden durch ihr Zusammenplanen verwirklicht wird, so ist eine anfechtbare Hand-

[1]) Völderndorff I S. 308.

lung gegeben, welche in der Vereinbarung besteht, daß die böse Absicht verwirklicht werden soll.[1])

Das Ergebniß ist demnach: Nicht die Unterlassung des Schuldners ist anfechtbar, sondern diejenige Handlung, welche unter Ausbeutung der Unterlassung des Schuldners in Kenntniß der Krisis den beabsichtigten Erwerb des Gegners begründet, unterliegt der konkursrechtlichen, und diejenige Handlung, welche eine vom Schuldner und dem Erwerber zum Nachtheil der Gläubiger gewollte Unterlassung des Schuldners zu einem Erwerbe benützt, unterliegt der Anfechtung im weiteren Sinn. Von diesem Standpunkt aus ist auch erklärlich, warum das nolle acquirere die Ablehnung eines Erwerbs seitens des Schuldners, z. B. die Unterlassung der Annahme eines Geschenks, eines Legats und die Zulassung eines Verlustes durch denselben, z. B. das Verjährenlassen einer Forderung, der Anfechtung entzogen ist: nicht das Verhalten des Schuldners begründet die Anfechtung, sondern die Handlungsweise des Gegners.

Wenn die Gläubiger den Schuldner nicht[2]) dafür verantwortlich machen können, daß er in kritischer Zeit oder aus reiner böser Absicht, sie zu schädigen, Vermögensstücke vernichtet, z. B. Wechsel zerrissen hat, so können sie ihn auch nicht für Ablehnung eines Erwerbs oder für das Verlorengehenlassen eines Rechtes haftbar machen; nur an denjenigen können sie sich halten, welcher in kritischer Zeit oder in böser Absicht, sie zu schädigen, Vermögensstücke auf Kosten der Masse erworben hat. Ist richtig, daß die Anfechtung sich lediglich gegen die unzulässigen Handlungen des Erwerbers richtet, so kann die Frage nicht mehr aufgeworfen werden, ob die Unterlassung des Gemeinschuldners anfechtbar ist.

---

[1]) So auch Hartmann S. 22. Wenn Jäckel S. 52 meint, daß nicht das der Unterlassung zu Grunde liegende betrügerische Einverständniß, sondern die Unterlassung Gegenstand der Anfechtung ist, so ist übersehen, daß die bloße Nachlässigkeit niemals anfechtbar sein kann.

[2]) l. 25 § 7 D. 42. 8. wird wohl in der Praxis noch nicht angewendet worden sein.

Dieses Ergebniß dürfte nicht weit abweichen von der Lehre des Römischen Rechts, denn da nach diesem die Voraussetzung der Anfechtbarkeit in dem bösen Willen fraus des Schuldners und in der Theilnahme des Erwerbers (l. 1 § 2 D. 42. 8.) besteht, so sind auch nach diesem Recht nur Unterlassungen des Gemeinschuldners anfechtbar, welche data opera des Gemeinschuldners und des Erwerbers vor sich gehen und ist das non facere, quod debet facere nur dann anfechtbar, wenn der Gemeinschuldner in Uebereinstimmung mit dem Erwerber behufs Verwirklichung der von beiden Seiten getheilten Absicht, die Gläubiger zu verkürzen, die den Verlust des Rechtes nach sich ziehende Handlung unterlassen hat. Es sind wenigstens die Beispiele von Unterlassungen, welche in den Pandekten als mögliche Objekte der Anfechtung aufgeführt sind, derart, daß gegen denjenigen, welcher durch die Unterlassung des Schuldners, wenn er dessen böse Absicht nicht kennt, die in l. 10 pr. D. 42. 8. gegebene actio in factum kaum von Erfolg sein dürfte. Hat der Erwerber den ihm angetragenen Eid mit Recht beschworen oder ist eine gegen ihn bestehende Dienstbarkeit durch Nichtgebrauch untergegangen oder hat er eine Sache occupirt, von welcher er nicht wußte, daß sie absichtlich derelinquirt sei, so ist nicht abzusehen, warum der von ihm rechtmäßig gemachte Erwerb durch Anfechtung ihm soll entzogen werden können.

Daß das gefundene Ergebniß mit den gesetzlichen Bestimmungen der K. O. in Einklang ist, daran kann in den Fällen, wo der Gemeinschuldner und der Erwerber dahin übereingekommen sind, durch eine Unterlassung des Schuldners die Gläubiger derselben lediglich zu schädigen, ein Zweifel nicht sein; es findet hier § 24 Anwendung. Wenn der Erwerber den Gemeinschuldner in der kritischen Zeit veranlaßt hat, von einem Rechte gegen ihn keinen Gebrauch zu machen, damit er auf diese Weise einen ihm vortheilhaften Erwerb auf Kosten der Masse mache, so liegt ein von dem Gemeinschuldner eingegangenes Rechtsgeschäft vor, durch dessen Eingehung die Gläubiger benachtheiligt worden sind (§ 23 Z. 1). Hat aber der Erwerber in kritischer Zeit nur die Unterlassung des Schuldners benützt, um für sich zu einem Erwerbe

zu gelangen, so kann dies nur dadurch geschehen sein, daß er sich als forderungsberechtigt erachtete oder durch seinen Erwerb forderungsberechtigt geworden ist, so daß auf ihn die von den Konkursgläubigern handelnden Bestimmungen Anwendung finden (§ 23 Z. 1 b und § 23 Z. 2).

Auch die Grenze, welche der Anfechtung dadurch gesetzt ist, daß durch dieselbe die Masse nicht besser gestellt werden soll als sie es ohne die anfechtbare Handlung wäre, und dieselbe mit Rücksicht auf § 1 K. O. auf die Erlangung von aufgegebenen und nicht erworbenen Vermögensstücken, welche auch mit Zwangsvollstreckung nicht hätten zur Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden können, nicht ausgedehnt werden kann, wird durch das gefundene Ergebniß gewahrt. Es muß, abgesehen von dem Fall, wo der Gegner als Gläubiger des Gemeinschuldners sich gerirt, eine Verpflichtung desselben vorhanden sein, deren Erfüllung Seitens des Gemeinschuldners hätte erzwungen werden können, wenn nicht in anfechtbarer Weise deren Untergang herbeigeführt worden wäre. Dem Miterben, welchem dadurch eine Bereicherung zugeht, daß der Gemeinschuldner die Miterbschaft aus freiem Antriebe nicht antritt, liegt keine Verpflichtung ob: ihm gegenüber findet eine Anfechtung nicht statt. Der Schuldner des Gemeinschuldners dagegen, welcher diesen veranlaßt, die der Verjährung entgegengehende Forderung nicht geltend zu machen, muß sich die Anfechtung gefallen lassen.

Um schließlich das gefundene Ergebniß auf die vielumstrittene Frage anzuwenden, ob die Unterlassung des Antritts der Erbschaft seitens eines heres voluntarius und die Unterlassung des Behaltens einer Erbschaft seitens eines heres necessarius (suus) (Windscheid Pand. III. § 595) sowie die Unterlassung des Behaltens eines Vermächtnisses (Windscheid Pand. III. § 643), endlich die Unterlassung der Erhebung der querela inofficiosi testamenti bezw. querela inofficiosae donationis seitens der Notherben (Windscheid Pand. III. §§ 584, 586) anfechtbar ist, so führt dasselbe zu folgender mit Fitting S. 138 und anscheinend Völderndorff I S. 362 übereinstimmender Antwort:

Da diese Unterlassungen des Gemeinschuldners sämmtlich zur Folge haben, daß dem durch dieselben Erwerbenden ein Erwerb ohne sein Zuthun zufällt und was das Gleiche ist, eine Ausgabe ohne sein Zuthun erspart wird, so sind dieselben an sich nicht anfechtbar. Dieselben werden aber der Anfechtung unterworfen, wenn der durch diese Unterlassungen des Schuldners zu einem Erwerbe Gelangte den Schuldner zu den Unterlassungen bewogen hat, entweder um lediglich die Gläubiger desselben zu schädigen oder um für sich in kritischer Zeit einen Gewinn zu machen. Von diesem Standpunkt aus ist erklärlich, warum in dem von Völderndorff S. 320 aufgestellten Falle der einfachen Ausschlagung der deferirten Erbschaft nach dem Ausbruch des Konkurses „die Gläubiger nicht wohl Etwas machen können", dagegen das „Geschäft" über die Erbschaft, nämlich das Uebereinkommen des einen Erben mit dem zum Gemeinschuldner gewordenen Miterben, gegen Verzicht auf den Erbtheil dem Gemeinschuldner eine jährliche Rente zu geben, anfechtbar ist. Gegenüber dieser Antwort wird wohl auch auf die Bemerkung Völderndorff's hingewiesen werden, daß „die Anfechtung den Gläubigern nichts nütze, weil die Antretung der Erbschaft durch den Schuldner von ihnen nicht erzwungen werden könne" und wird sich zur Widerlegung dieser Bemerkung nicht die unrichtige Meinung Korn's S. 55 ins Feld führen lassen, daß die Gläubiger ihren Schuldner, wenn auch nicht zur Arbeit (Uebernahme eines honorirten Amts oder Ausführung eines gegen Entgelt übernommenen Werkes), so doch zu einer einfachen Erklärung zwingen können, falls dadurch die Mittel zu ihrer Befriedigung herbeigeschafft werden. Vielmehr dürfte der Bemerkung Völderndorff's mit folgenden Erwägungen begegnet werden können: Die Erbschaft ist definitiv ausgeschlagen und kann diese Unterlassung eines Vermögenserwerbs nicht mehr rückgängig gemacht werden. (Windscheid Pand. III. § 599.) Da die Anfechtung auf das Verhältniß zwischen dem Schuldner und dem Gegner keinen Einfluß hat, so ist überhaupt nicht denkbar, wie das Rückgängigmachen der Entschlagung bethätigt werden soll; der Schuldner kann nicht nach der bekannten Regel semel heres semper heres

in Bezug auf das Verhältniß der Gläubiger zum Gegner als Erbe erscheinen, dagegen in Bezug auf sein eigenes Verhältniß zu diesem Erbe nicht sein.

Es ist aber auch nicht nöthig den Schuldner in die Lage zu setzen, bezüglich der aufgegebenen Erbschaft neuerdings eine Antrittserklärung zu geben: denn die Anfechtung bezweckt nicht eine in integrum restitutio, sie will nur denjenigen Vermögenswerth erlangen, welchen das Vermögen des Schuldners besitzen würde, wenn die angefochtene Handlung nicht stattgefunden hätte. Nur das Aufgegebene soll zur Masse zurückgewährt, dem Gegner das ungerechtfertigt Erworbene entwunden werden. Es wird nicht, wie Jäckel S. 155 meint, das dolose Weise aufgegebene Recht als noch im Vermögen des Schuldners vorhanden betrachtet, sondern der Gegner hat die Vermögenslage der Masse so herzustellen, wie wenn das Recht nicht aufgegeben wäre. Mit andern Worten es handelt sich nicht darum, den Schuldner mit Gewalt zum Erben zu machen, sondern die Tendenz der Anfechtung ist, die Vermögenslage so herzustellen, wie sie wäre, wenn der Schuldner Erbe geworden wäre. Gegenüber den Unterlassungen ist die Reaktion nicht, das ac si factum non esset, sondern folgerichtig, das ac si factum esset herzustellen.

Die Herstellung der Vermögenslage wie sie sein würde, wenn der Schuldner Erbe geworden wäre, ist auch in der Beschränkung in Bezug auf das Verhältniß zwischen den Gläubigern und dem Gegner durchführbar und berührt das Verhältniß zwischen dem Schuldner und dem Gegner und das Verhältniß zwischen dem Schuldner und den übrigen an der Erbschaft Interessirten ganz und gar nicht. Die Gläubiger des Nachlasses werden nicht Gläubiger des Gemeinschuldners und die Schuldner des Nachlasses werden nicht Schuldner des Gemeinschulders. In Bezug auf die Aufwendungen des Gegners, welche dieser nicht gemacht haben würde, wenn er nicht den Erbschaftstheil des Gemeinschuldners erhalten haben würde, kommt § 31 K. O. zur Anwendung.

Wenn mit der hier vertretenen Auffassung des Inhalts

der Anfechtungsklage, nämlich, daß diese Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung geht, operirt wird, so ist die Reaktion gegen die anfechtbaren Handlungen und, wenn überhaupt von Unterlassungen gesprochen werden darf, gegen die anfechtbaren Unterlassungen die gleiche.

Es ist nicht nothwendig zu untersuchen, ob der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner eine vor der Eröffnung des Verfahrens angefallene, aber nicht angetretene oder ausgeschlagene Erbschaft antreten, ein angefallenes Vermächtniß gegen den Willen des Gemeinschuldners behalten und ein aufgegebenes verlangen, oder die Inofficiositätsquerel erheben kann. Da die Anfechtungsklage auf Ersatz geht, rein obligatorischer Natur ist, so braucht der Verwalter nicht Rechte des Schuldners auszuüben, sondern er stellt wegen der durch die angefochtene Handlung bethätigten Verletzung des schuldnerischen Vermögens nur das Verlangen, daß die Masse dem Vermögenswerth nach, nicht in Bezug auf Vermögensrechte in den Zustand versetzt werde, welcher vorhanden sein würde, wenn nicht die angefochtene Handlung des Gegners stattgehabt hätte. Entsprechend dieser Auffassung ist schon oben bemerkt worden, daß der Verwalter nicht mit der rei vindicatio eine vor der angefochtenen Handlung dem Schuldner gehörige Sache verlangen darf, sondern nur den Gegner mit einem obligatorischen Anspruch auf Rückgabe und sofern dieser die Sache nicht mehr hat, auf Ersatz belangen kann.

Außer den Kommentatoren und dem Lehrbuch von Fitting sind die Abhandlungen von

Otto, die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt. Leipzig 1881;

Jäckel, die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses. Berlin 1881;

Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse. Berlin 1882;

Cossack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart 1884; ferner

Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Tübingen 1878.

Hartmann, das Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses. 2. Aufl. Berlin 1881.

mit dem Namen ihrer Verfasser angeführt.